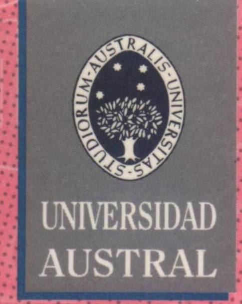


BIBLIOTECA
DE ESTUDIOS
PENALES

MANUEL JAÉN VALLEJO

Cuestiones básicas del derecho penal

Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma

Departamento de Derecho Penal



UNIVERSIDAD AUSTRAL

MANUEL JAÉN VALLEJO

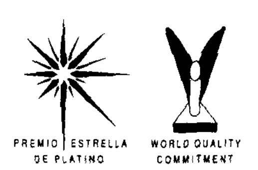
Profesor titular de Derecho Penal de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. Vicedecano de la Facultad de Ciencias Jurídicas. Secretario General del Instituto Iberoamericano de Política Criminal y Derecho Penal Comparado

Cuestiones básicas del derecho penal

Prólogo de
GUILLERMO JORGE YACOBUCCI



Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma
BUENOS AIRES



Galardón otorgado a esta editorial, 1998



EDITORIAL ÁBACO DE RODOLFO DEPALMA S.R.L.
Tucumán 1429, 4º - Buenos Aires

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723
I.S.B.N. 950-569-117-3

IMPRESO EN LA ARGENTINA

PRESENTACIÓN

1. *Unas breves líneas antes de ingresar en la consideración sobre este nuevo volumen de la colección. Es que, meses atrás, en oportunidad de su visita a la Argentina, invitada por la Universidad Católica Argentina, la profesora Mireille Delmas-Marty aceptó gustosa integrar el Consejo Académico de esta "Biblioteca de Estudios Penales", a la vez de comprometerse a enviarnos un trabajo sobre la nueva realidad del derecho penal europeo.*

Nada de lo que podamos decir sobre la significación del pensamiento jurídico-penal de Delmas-Marty agregará algo a lo ya expuesto en cada una de las traducciones de sus obras a distintas lenguas y aquello que está objetivizado en sus aportaciones a la discusión del derecho penal contemporáneo. Sin embargo, no es posible obviar la absoluta originalidad de los aportes científicos que la profesora de la Sorbona ha realizado en los últimos años, particularmente en medios jurídicos como el de Latinoamérica, España e Italia, donde se advierte una notoria influencia del pensamiento penal dogmático, ciertamente diferente a la tradición francesa. Mireille Delmas-Marty desarrolla su reflexión sobre el derecho penal contemporáneo fuera de los cánones habituales de la dogmática e, incluso, de la teoría del delito. Su obra, aun recibiendo la impronta característica del pensamiento penal francés, va mucho

*más lejos, en tanto aborda las cuestiones con un claro sentido iusfilosófico que se materializa, sobre todo, en la consideración del sentido de la política criminal. Sus "modelos" de política criminal son un claro ejemplo de esa reflexión y vienen a integrarse en la discusión en que la ciencia penal ingresó a partir de las consideraciones de Roxin (*Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*).*

En definitiva, los aportes de Mireille Delmas-Marty representan uno de los esfuerzos más destacados del pensamiento penal europeo por aproximar la ciencia penal a un punto de partida vinculado con los principios comunes del orden internacional fundados en los derechos humanos. De allí, entonces, el reconocimiento por su integración a nuestro Consejo.

2. *Pasemos ahora a lo que es el centro de esta presentación, pues Manuel Jaén Vallejo ha reunido para este tercer volumen de la "Biblioteca de Estudios Penales" de nuestro Departamento una serie de estudios de notoria actualidad para el debate penal.*

Manuel Jaén Vallejo forma parte de ese grupo de destacados penalistas españoles que ha decidido asumir el desafío de institucionalizar el diálogo entre España y América del Sur. Su labor dentro del Instituto Iberoamericano de Política Criminal y Derecho Penal Comparado va mucho más allá de lo académico y tiende a concretar lazos personales e institucionales que faciliten el debate y la puesta en común. En el Instituto se ha creado un ámbito de discusión que asume tanto las cuestiones generales de la ciencia penal como aquellas que se concretan en propuestas legislativas y que, en estos últimos años, aparecen como una gran necesidad frente a los procesos de integración y regionalización.

Así como el corpus iuris *europeo representa la materialización de ese esfuerzo común en materia penal,*

América Latina en general y los países del Mercosur en particular deben enfrentar el problema de discernir bases comunes en el campo penal y procesal penal. La visita de Manuel Jaén Vallejo a nuestro país, la influencia siempre presente de Enrique Bacigalupo en buena parte de los penalistas latinoamericanos y la presencia en España de estudiantes, investigadores y científicos de Iberoamérica que desarrollan tareas en las universidades de la península son muestras significativas de ese intercambio fructífero.

Es en ese orden que debe inscribirse la publicación de estos estudios de Manuel Jaén Vallejo. Cada uno de ellos representa un punto digno de discusión y análisis, de allí su valor pedagógico y su sentido práctico.

Los temas que aborda son otros tantos problemas o cuestiones que, como él los ha definido, resultan básicos para el derecho penal. Puede decirse que la apelación a lo básico dentro del título va dirigida tanto a su carácter propedéutico, de gran utilidad para el estudio de esos problemas mediante una presentación clara, circunstanciada e históricamente situada, como por su significación fundamental. Es que la problemática de la pena, de los fines del derecho penal, de las normas, de la metodología de la dogmática y de los enfoques criminológicos hacen de este pequeño volumen una guía idónea para introducirse en las discusiones penales de hoy.

3. *Para que esto se haga evidente, Manuel Jaén Vallejo comienza sus estudios abordando, bajo el título de "La función social de la pena", la discusión sobre los fines de la pena y los fines del derecho penal. En nuestros días, y aun reconociendo que la pena es el elemento específico del derecho penal, se debate sobre la posibilidad de reducir las finalidades sociales de éste a las que se le otorgan a la pena. No hace mucho,*

Bernd Schünemann, en oportunidad de la investidura de Claus Roxin como Doctor Honoris Causa de la Universidad de Barcelona, decía que "la centenaria cuestión sobre el sentido y fin de la pena ha dejado de ser un mero ejercicio filosófico carente de valor, para pasar a ser un problema central que afecta a la legitimación misma del estado moderno".

Tan pronto, pues, se inicia la lectura del capítulo, se hace presente esa cuestión que, en muchos casos, busca solución por la vía de la distinción entre fines y funciones del derecho penal (v. gr., Ferrajoli). En este sentido, mientras los fines parecen encontrarse en el ámbito abstracto de la consideración del derecho penal y, por ello, integrados necesariamente al ejercicio del ius puniendi *–lo que supone el problema de la legitimación– las funciones, por el contrario, representan una instancia fenoménica de realizaciones empíricas ligadas a los fines pero no buscadas de modo directo. Cuáles son fines y cuáles funciones depende de una decisión que no reposa en los simples hechos o en la fuerza del ejercicio del poder, sino que se instala en el debate sobre los títulos que permiten legitimar esa decisión.*

Sin perjuicio de la validez científica de esa distinción y de su dependencia respecto de un determinado marco iusfilosófico, lo cierto es que describe vivamente las dificultades que encuentra el derecho penal de nuestros días cuando somete al juicio de legitimación el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado. Es en ese campo donde Manuel Jaén Vallejo trae la clasificación clásica de las teorías absolutas y relativas de la pena, pues a partir de ese punto de partida académicamente aceptado se puede reflexionar sobre la legitimidad de la pena.

En la problemática aparece el sentido de la justicia, su relevancia en las decisiones políticas y la utilidad de

la respuesta penal. Por eso el tema pasa inmediatamente a la consideración de los fines preventivos, especiales y generales y, dentro de estos últimos, a la opción entre privilegiar los aspectos coactivos-negativos o los de reafirmación de la vigencia normativa.

Si bien se ha dicho que la significación preponderante de tipo preventivo especial ha dejado de ser el núcleo de legitimación para quienes hoy teorizan sobre la pena, lo cierto es que toda reflexión sobre los fines de la sanción no puede obviar el carácter personal e intransferible que implica la relación individuo-pena. Si ello es así, no puede hacerse abstracción válida de los aspectos rehabilitadores, socializadores, etc., que están inmersos en la temática de la prevención especial sin perjuicio de que ésta haya dejado su lugar principal dentro del debate.

Es por eso que, en nuestro tiempo, el problema pasa por la disputa entre los fines preventivos generales. En este sentido, la prevención general negativa fundada en aspectos meramente coactivos no parece responder a la evaluación empírica sobre su efectividad y, a mi modo de ver, tampoco a la consideración de los individuos como personas a las que se dirige un imperativo normativo. La noción de ciudadano reviste la forma del individuo dentro de una comunidad organizada mediante normas y no meras decisiones de la voluntad de poder. Presupone, pues, la libertad y la responsabilidad y, sobre todo, la posibilidad de adhesión a lo imperado, en tanto esto emerge de un ámbito común, marcado por fines y formas compartidas. La coacción es una instancia que marca la falibilidad de ese contexto, pero no la normalidad de su funcionamiento.

De esa forma, las teorías que buscan superar el aspecto coactivo, aunque ciertamente sin negar su importancia en el campo jurídico, parecen aproximarse más a la idea de una comunidad de ciudadanos. Como lo recuerda Jaén Vallejo, la impronta de Welzel resulta

innegable en este nuevo modo de apreciar el derecho penal, sin perjuicio de reconocer los aportes de Feuerbach o Filangeri al debate sobre los fines del orden penal. Manuel Jaén Vallejo, justamente, entiende que la teoría de la prevención general positiva viene a independizar la cuestión de la legitimidad del derecho penal y de la pena de los fines de esta última, sobre todo entendidos en un sentido empírico-demostrativo. Ciertamente, para esa afirmación, el jurista español ha tomado partido ya por una línea de legitimación que sigue una reflexión positiva o integradora.

Es en este nivel de la discusión donde aparecen centrados buena parte de los principios legitimadores actuales de la pena y del ius puniendi. *En efecto, la idea de que la pena, más allá de otras consecuencias, opera sin duda en el orden de la conciencia jurídica de la comunidad, reafirmando la confianza y la fidelidad hacia el derecho y, con ello, fortaleciendo la identidad normativa, pacificando la conciencia social perturbada por el delito y sosteniendo la vigencia de los valores comunitarios, parece una idea que resulta congruente con aspectos de justicia y utilidad exigidos siempre para la aplicación de la sanción.*

De todos modos, vale recordar la advertencia de Günther Stratenwerth en punto a que no puede confiarse en una respuesta unidimensional y estática para el problema de la pena. Por eso afirma que "el discurso sobre el sentido y fin de la pena no es un negocio que estaría concluido, si hubiéramos encontrado de una vez por todas la respuesta correcta, sino una de aquellas tareas para la cual nunca podrá haber una solución definitiva". De allí que, tal como lo hace Jaén Vallejo, el problema de la pena aparezca relacionado con las normas que se dirigen a los ciudadanos. En ese discurrir de fina lógica, el profesor español dedica el segundo capítulo a la cuestión de "Las normas jurídicas del derecho penal".

En este campo, la tradición dogmática ha dejado una gran riqueza de posiciones enfrentadas de alta significación iusfilosófica y hasta política. Basta, obviamente, traer a cuento el pensamiento y la obra de Karl Binding que, en nuestro medio, cobra hace unas décadas una nueva significación a través del comentario de Armin Kaufmann. De todos modos, la distinción entre normas primarias y secundarias, entre norma y ley penal se ha hecho tradicional en nuestra enseñanza, al igual que las referencias normativas a los ciudadanos o a los jueces según los caracteres de unas y otras. Quizás el problema principal resida en la determinación de la naturaleza y sentido de las llamadas normas primarias, sobre todo en lo relativo a su pertenencia al derecho penal. En este sentido, una visión que asuma lo social con un sentido de integración parece exigir que las normas primarias sean parte fundamental del derecho penal pues en buena medida otorgan contenido y materia a las denominadas "leyes penales", le dan su significación última y son las que permiten hablar de una reafirmación de la conciencia jurídica de la sociedad.

Ahora bien, el problema que afronta Jaén Vallejo y donde se advierte la influencia de Enrique Bacigalupo está centrado en la importancia de la teoría de los imperativos dentro del esquema analítico de la teoría del delito, en especial, en lo referido a la antijuridicidad. Es justamente en este campo donde Welzel y la corriente finalista llevaron a cabo la transformación del esquema de orden causal aceptado hasta entonces. Es más, puede decirse que, una vez sujeto a crítica aquello que constituía la base ontológica del derecho penal finalista, la consideración de la teoría del delito parece perdurar anclada en muchos de los supuestos de la discusión que reseña Jaén Vallejo en este capítulo.

Lo cierto es que los sentidos valorativos y determinantes de la norma jurídica aparecen en toda teoría penal que busque resguardar algo más que el mero valor formal del mandato y ordenarse según contenidos motivadores de deber concretos y personales. Como sostiene Jesús Silva M. Sánchez, el sistema dogmático del delito es una construcción valorativa, que obtiene las referencias materiales de una orientación teleológica a través de la "mediación de la teoría de las normas jurídico-penales".

Es por esto que Manuel Jaén Vallejo dedica los restantes capítulos de este volumen al problema que, en lógica absoluta, deja planteada la temática precedente. Se trata del estatuto epistemológico de la dogmática penal, en particular, su metodología y, dentro de ella, los puntos de partida del razonamiento científico. Como se advierte, entra de lleno en la discusión que en todo foro académico aparece tan pronto se da lugar al debate sobre contenidos, métodos y fines del derecho penal. En fin, se trata de analizar, en trazos gruesos, la disyuntiva entre un campo de dogmática penal que, siguiendo al profesor Luigi Stortoni, de Bologna, podemos calificar de deductiva o aquél de tipo teleológico, valorativa y, en su aspecto más complejo, funcionalista y sistémica. En ese contexto, además, Jaén Vallejo integra el problema de la criminología que es todo un capítulo digno de discusión atento a la relevancia científica de la "nueva criminología" o "criminología crítica".

Ciertamente, en una presentación de este tipo no es posible asumir una problemática tan significativa, donde están en juego cuestiones de orden científico pero, a la vez, de índole humana y especialmente política. La disputa entre una visión absolutamente normativizada de los conceptos penales y otra ontologista o realista es solo una parte de la cuestión. La tendencia de todo científico, incluido aquél que se dedica al saber

penal, es hacia la obtención de un sistema que le permita operar no solo explicativamente, sino también constitutivamente, pues el saber penal es un saber práctico. No son para despreciar entonces algunas advertencias acerca de la necesidad de preservar la relación del derecho penal con bases reales –ontológicamente hablando– como instancia aseguradora del sentido humano al que debe atender.

GUILLERMO JORGE YACOBUCCI

ÍNDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO PRIMERO

LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PENA

CAPÍTULO II

LAS NORMAS JURÍDICAS DEL DERECHO PENAL

CAPÍTULO III

POSITIVISMO Y RELATIVISMO
EN LA DOGMÁTICA PENAL

CAPÍTULO IV

CONOCIMIENTOS SOCIALES SOBRE EL DELITO
Y DOGMÁTICA PENAL

CAPÍTULO V

LOS PUNTOS DE PARTIDA DE LA DOGMÁTICA
PENAL

INTRODUCCIÓN

Con ocasión de mi visita a la Universidad Austral en noviembre de 1998, donde tuve la oportunidad de participar en un Seminario sobre responsabilidad de los jueces, organizado por el profesor Dr. Rodolfo Vigo, junto con los doctores Rodolfo Piza Escalante, magistrado de la Corte Suprema de Costa Rica, Jorge Vanossi, Claudio Kiper y Jorge Mosset Iturraspe, de la Argentina, y disertar, a propósito del *corpus iuris europeo* y los recientes trabajos sobre el nuevo Código Penal Tipo Iberoamericano en Canarias y Panamá, sobre el principio de culpabilidad, por invitación del decano de la Facultad de Derecho, Roberto Bosca, y el director del Departamento de Derecho Penal, Guillermo Yacobucci, a quienes quiero agradecer, una vez más, su amabilidad y hospitalidad, mi querido amigo y compañero Guillermo Yacobucci me sugirió que recopilara algunos de mis trabajos para su publicación por el Departamento de Derecho Penal de la Universidad Austral, que acepté con toda ilusión y mi mayor gratitud. Entre los de derecho procesal penal, derecho penal, parte general o especial, me ha parecido que serían de mayor interés algunos de los que he dedicado a la parte general del derecho penal, y, en particular, a algunas cuestiones básicas del derecho penal, pues son los que están más alejados del derecho positivo de nuestros respectivos países, y, por consiguiente, pueden contar con una mayor comprensión e interés en el lector argentino.

A las puertas de un nuevo milenio, creo que se puede seguir afirmando, en contra de lo pretendido por algunos abolicionistas del derecho penal, que sigue habiendo derecho penal para rato (Gimbernat) y que la pena sigue siendo una amarga necesidad (Proyecto Alternativo alemán). Pero hay tres características del derecho penal contemporáneo que cada día adquieren más consistencia y que seguramente protagonizarán el debate científico supranacional de los próximos años. Ante todo, que su aplicación debe estar rodeada de las máximas garantías, como técnica de control social formalizado que es, asegurando una aplicación segura, respetuosa de los principios superiores y condiciones que legitiman el ejercicio del *ius puniendi* en el marco de un estado de derecho, como los principios de culpabilidad, proporcionalidad y legalidad, engarzando aquí el derecho penal sustantivo con el derecho procesal penal, que debe garantizar que la sanción penal solo se imponga si se llega a demostrar, tras la celebración de un juicio público, en el que se practiquen con todas las garantías las pruebas de cargo que desvirtúen la presunción de inocencia, que el acusado efectivamente ha realizado un hecho previsto por la ley como delito, y que esta decisión se plasme en una sentencia debidamente motivada, para que pueda ser revisada mediante un adecuado sistema de recursos. Por ello, la dogmática penal, en su sentido más amplio, debe desarrollar permanentemente su dimensión crítica, confrontando el derecho vigente con aquellos principios y exigencias mínimas del proceso penal que fundamentan su legitimidad, y sometiendo constantemente estos principios y exigencias a crítica, siempre con la finalidad de perfeccionar su mejor desarrollo y adecuación al ideal de legitimidad de la sociedad.

En segundo lugar, otra característica indiscutible del derecho penal, que tiende a imponerse, cada vez con más fuerza y amplitud, se refiere al sistema de

triple vía (*Dritte Spur*), siendo una buena muestra de ello el proyecto alternativo sobre reparación penal realizado por un grupo de trabajo de profesores de derecho penal alemanes, austríacos y suizos (*Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung*).

Por último, otra característica del derecho penal de los próximos años creo que tendrá que ver con los esfuerzos dirigidos, tanto en Europa como en Iberoamérica, a la unificación del derecho penal. En Europa, dichos esfuerzos ya han tenido una primera manifestación en el *Corpus Iuris Europeo* para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea, y en Iberoamérica en los trabajos realizados en el seno de la Comisión Redactora del Nuevo Código Penal Tipo Iberoamericano.

Espero que este pequeño libro pueda ser de alguna utilidad al lector argentino, colegas y estudiantes de la asignatura de derecho penal, y que continúe el encuentro y diálogo entre penalistas argentinos y españoles, alejados en la distancia pero unidos por muchas razones y con el recuerdo permanente del profesor Luis Jiménez de Asúa, uno de cuyos discípulos, el profesor Enrique Bacigalupo, representa actualmente en Europa uno de los más destacados científicos del derecho penal.

CAPÍTULO PRIMERO

LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PENA

Sobre el fundamento legitimador del derecho penal se ha debatido mucho.

Esta cuestión, que no es otra que la relativa a la función que debe cumplir la pena, ha sido tratada, además, no solo por juristas, sino también por filósofos.

Desde hace ya dos siglos se viene produciendo un enfrentamiento entre teorías preventivas y teorías absolutas.

Mientras que FEUERBACH[1] había defendido la concepción de la prevención general, y GROLMAN[2] la de la prevención especial, KANT[3] y HEGEL[4] defendieron la teoría de la retribución.

Más tarde, con la irrupción del positivismo, estas mismas teorías caracterizarían el enfrentamiento de la llamada "escuela clásica" con la escuela sociológica.

Veamos los distintos puntos de vista que intentan explicar cuál es la función de la pena, agrupados en las llamadas "teorías de la pena".

1 *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts* (ed. con notas de C. A. J. Mittermeier), 13ª ed., 1840.

2 *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft*, 2ª ed., 1805.

3 *Metaphysik der Sitten*, 1785.

4 *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, núm. 99.

§ 1. DERECHO PENAL Y JUSTICIA: LAS TEORÍAS ABSOLUTAS DE LA PENA

Las teorías absolutas centran su atención en el porqué de la pena, respondiendo que se impone la pena porque se ha cometido un delito. La pena es *retribución* por la comisión de un delito (*punitur quia peccatum est*, porque se ha delinquido) –y se debe imponer por *razones de justicia* o de *imperio del derecho*–; fines o valores absolutos, que no tienen un carácter empírico.

La teoría de la *retribución moral*, que se debe al filósofo alemán KANT, sobre la base de que el hombre es libre, afirma que este, al hacer mal uso de su libertad, se hace acreedor, *en justicia*, del mal de la pena. En esta concepción la pena, como retribución por el mal uso de la libertad, viene a ser un *imperativo categórico*, esto es, una exigencia incondicional de la justicia; esta debe imperar a toda costa y por ello se debe imponer la pena. Todo el énfasis del idealismo alemán se contiene en la citada y conocida frase: "si perece la justicia, ya no tiene ningún valor que los seres humanos vivan en la tierra". Según KANT, *la pena es un fin*, porque si se convirtiera en un medio para conseguir un bien, para el propio penado o para la sociedad, como se sostiene en el marco de las teorías relativas, se trataría al hombre como un simple instrumento al servicio de ciertos fines, con menoscabo de la dignidad humana[5].

La teoría de la *retribución jurídica*, que propuso el también filósofo alemán HEGEL, fundamenta la pena en un *proceso dialéctico*: como el delito (*tesis*) es la negación del derecho, y la pena (*antítesis*) la negación del delito, la pena resulta ser la afirmación del derecho

[5] KANT, ob. cit. en nota 3 (ed. 1797), p. 332.

(*síntesis*); la pena se impone porque debe imperar el derecho.

Como *notas comunes* a las teorías absolutas se pueden destacar las siguientes:

a) la pena debe ser equivalente al daño causado por el delito; cuando, por ej., se comete un asesinato, un conflicto social insoluble, la muerte de una víctima no tiene solución, pero hay que hacer algo, hay que dar una "solución" al conflicto acontecido, ¡hay que demostrar que se ha hecho justicia! (¡o que impera el derecho!), y, para ello, se le retribuye al autor con una pena equivalente al mal que ha causado, y si esta equivalencia no es posible, se le impone al autor una pena que le produzca un mal que compense el mal que él ha causado libremente;

b) otra nota común a estas teorías es que, según ellas, como se dijo, en ningún caso la pena debe perseguir fines útiles de prevención del delito, pues de lo contrario se lesionaría la dignidad humana, por cuanto que ello supondría tratar al hombre de la misma forma que se trata a un animal[6], y

c) finalmente, en el contexto de las teorías absolutas, la pena que corresponde al delito cometido tiene que ejecutarse siempre y en su totalidad, pues de lo contrario no se alcanzarían las exigencias irrenunciables de la justicia o el derecho.

Contra las teorías absolutas (o de la retribución) se argumenta básicamente lo siguiente[7]:

[6] Coherente con esta concepción de la pena, la teoría de las normas de BINDING *diferencia entre norma y ley penal* (cfr. *Normen*, I, ps. 3 y ss.). Con esta diferenciación se pretendía que el ciudadano no se sintiera amenazado por la pena prevista en la ley penal, ya que esta no se consideraba dirigida al ciudadano sino al juez encargado de aplicarla; solo la norma estaba dirigida al ciudadano, siendo este libre de obedecer o no.

[7] Cfr., por todos, ROXIN, C., "Sentido y límites de la pena estatal", en *Problemas básicos del derecho penal*, trad. y notas por D. Luzón Peña, Reus, Madrid, 1976, ps. 12 y siguientes.

a) que la supresión del mal causado por el delito mediante la aplicación de una pena es puramente ficticia porque, en realidad, el mal de la pena se suma al mal del delito;

b) que la pretendida equivalencia entre el mal causado y la pena es difícilmente alcanzable, y, aun en los casos en que aquella es posible, un necesario correctivo de humanidad impediría hoy esta solución[8],

c) que la pena *justa* en el sentido de estas teorías no siempre va a ser útil[9].

Estas teorías tuvieron en España poca difusión. Y es que fue más bien escasa la influencia del idealismo alemán durante el siglo pasado; sí tuvo una gran influencia, en cambio, en nuestra cultura jurídica, el "Krausismo"[10]. En cambio, según ROXIN, han sido dominantes hasta principios de los años sesenta en la doctrina penal alemana; explica que "el que estas doctrinas pudieran adquirir en la posguerra una importancia tal que las concepciones que partían del significado social del delito, si bien no fueron olvidadas, sí fueron relegadas a un segundo plano, debe entenderse como una reacción a la experiencia histórica. La dictadura nacional-socialista había ensalzado un 'derecho' biológico-racista 'del más fuerte', que ignoraba cínicamente el valor ético de la tradición occidental. Frente a ello, se quiso entonces restablecer la justicia, para que Alemania fuera restaurada como estado de derecho

8 Según el art. 15 de la Constitución española de 1978: "Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra".

9 Así, por ej., no tendría utilidad alguna la pena impuesta al que, aun habiendo cometido un delito, se sabe con seguridad que no va a volver a delinquir, como ocurre en el caso del que cometió un homicidio pasional.

10 Ver JIMÉNEZ GARCÍA, A., *El krausismo y la institución libre de enseñanza*, Cincel, Madrid, 1996, ps. 27 y siguientes.

y volviera a tener valor –totalmente en el sentido de KANT– vivir en este Estado"[11].

Con razón critica MIR PUIG estas teorías al señalar que la función del Estado moderno no se ve generalmente en la realización de la justicia absoluta sobre la tierra; esta tarea –añade– no corresponde a un Estado como el actual, que mantiene la distinción entre la moral, la religión y el derecho; en un Estado teocrático sí era coherente atribuir a la pena el papel de instrumento de castigo del mal, pero, en un Estado democrático, en el que las sentencias no se pronuncian ya en nombre de Dios, sino en nombre del pueblo, el derecho solo puede justificarse como medio de asegurar la existencia de la sociedad y sus intereses, que es, precisamente, el punto de partida de las teorías relativas o de la prevención[12].

§ 2. DERECHO PENAL Y UTILIDAD SOCIAL: LAS TEORÍAS RELATIVAS DE LA PENA

Hemos visto cómo las teorías absolutas responden al porqué de la pena, mirando hacia el pasado al limitarse a hacer justicia mediante la retribución del mal causado. Pues bien, las teorías relativas responden al *para qué* de la pena: la pena no es un fin en sí misma, sino un medio de prevención. Estas teorías miran, pues, hacia el futuro: la pena se utiliza como instrumento de lucha contra el delito con el fin de evitar conductas que lesionen los bienes jurídicos básicos en los que la comunidad se sustenta y que son necesarios para su pervivencia. Se las denomina "relativas" porque la pena solo se legitima si tiende al logro de un fin, no absoluto sino relativo, cambiante y cir-

[11] ROXIN, C., "Acerca del desarrollo reciente de la política criminal" ("Zur neueren Entwicklung der Kriminalpolitik"), en *CPC*, nº 48 (1992).

[12] MIR PUIG, S., *Derecho penal*, PG, Barcelona, 1990, p. 54.

cunstancial, como lo es el fin útil de la prevención (*evitación*) del delito. La pena no se justifica como mero castigo del mal, como pura respuesta retributiva frente al delito cometido, sino como instrumento dirigido a prevenir delitos futuros. Como se dijo, *mientras que la retribución mira al pasado, la prevención mira al futuro.*

Las teorías relativas defienden, pues, una concepción de la pena referida exclusivamente al fin racional de prevenir el delito, cuyos orígenes se remontan al pensamiento iluminista de finales del siglo XVIII[13]; posteriormente, la escuela sociológica del derecho penal de FRANZ VON LISZT centraría su atención en el sujeto que ya ha delinquido, dirigiendo sus esfuerzos a impedir la reincidencia. En cualquier caso, el fundamento de la pena se halla en la necesidad de la misma para evitar la comisión de delitos futuros.

Como se dijo, estas teorías defienden una concepción utilitaria de la pena, responden al para qué. Ahora bien, lo hacen desde distintos puntos de vista, que dan lugar a la teoría de la prevención especial y a la teoría de la prevención general. Veamos con más detenimiento cada una de estas teorías.

a) *DERECHO PENAL Y PREVENCIÓN ESPECIAL.* — Así como la prevención general se dirige a la colectividad, la prevención especial tiende a *prevenir los delitos que puedan proceder de una persona determinada.* Es decir, el fundamento de la pena está en evitar que el delincuente vuelva a delinquir en el futuro. Se refiere, pues, al sujeto que ya ha delinquido, pretendiendo que

[13] Cesare BONESANA, Marqués de Beccaria, una de las más destacadas figuras del movimiento de reforma penal que, a fines del siglo XVIII, haciendo aplicación de las más importantes ideas de la Ilustración, exigía una reforma a fondo, consideraba que el fin de la pena no era otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales (prevención general).

la pena sirva para *evitar la reincidencia*; evidentemente, la prevención especial no puede operar, como la general, en el momento de la conminación legal, sino en el de la *ejecución de la pena.*

La teoría de la prevención especial se extiende a partir del último tercio del siglo XIX, coincidiendo con la influencia de la filosofía positivista, de poca intensidad en España, y fue defendida por distintas tendencias doctrinales.

En España, por el *correccionalismo*, que tuvo en DORADO MONTERO a su gran defensor[14]. Este autor, en su obra cumbre *El derecho protector de los criminales* (publicada en Madrid en 1913), entiende que el delincuente debe ser corregido, enmendado, y en su extraordinaria visión imaginativa, quizás utópica, preveía la existencia de jueces higienistas o médicos sociales, más preocupados de sanar y curar que de castigar[15].

En Italia, la *escuela positiva* llevó la prevención especial a su última consecuencia: la sustitución de las

[14] Según DORADO MONTERO, el nuevo derecho penal "quiere que a los delincuentes se les considere como a lo que son, como seres necesitados de auxilio, según lo demuestra su propia conducta, y que prestándoselo fraternal y amorosamente (. . .), se les coloque en disposición de poder contribuir de algún modo al bienestar y adelanto de la colectividad social de que forman parte, en vez de ser un elemento de perturbación y un peligro constante en ella (. . .). Tornaráse (la función penal) de represiva en preventiva, de punitiva en correccional, educativa y protectora de ciertos individuos a quienes se da el nombre de delincuentes" (*Bases para un nuevo derecho penal*, Barcelona, 1902, p. 18).

[15] Donde ha alcanzado los mayores éxitos la doctrina postulada por DORADO MONTERO y por el correccionalismo en general es en las cuestiones de régimen penitenciario. Tanto Quintiliano SALDAÑA, como SALILLAS, y CONCEPCIÓN ARENAL propugnaron la participación de los jueces en la ejecución de las penas, pero fue DORADO MONTERO quien, a través de abogar por un amplísimo arbitrio judicial, se muestra acérrimo defensor de la intervención judicial en fase de ejecución; así, en *El derecho protector de los criminales* dice que los jueces del porvenir no deberán desentenderse de sus funciones después de emitido el fallo, puesto que no podrán dictar sentencias definitivas, sino únicamente providencias provisionales, rectificables según y cuando lo tengan por conveniente para la mejor ejecución del fin que persiguen.

penas por las medidas de seguridad. Sus principales representantes fueron los italianos FERRI, LOMBROSO y GARÓFALO. Se suele afirmar que la escuela positiva se inició con el libro del médico LOMBROSO *El hombre delincuente*, que mantenía la tesis de que el delito era un producto natural, una realidad biológico-social. Aquellos autores, pues, prestan una mayor atención a los factores psico-físicos y antropológicos del delincuente, frente a los factores de culpabilidad y responsabilidad. Por consiguiente, se preconiza un estudio del delincuente como un enfermo o inadaptado social, que ha de ser sujeto a medidas de seguridad que anulen su propensión al delito, y no a penas, dada su inexistente culpabilidad. La irrupción de este pensamiento penal positivista en España no supuso, como en otros países, una revolución contra el pensamiento establecido, sino más bien la incorporación a la ciencia penal de los conocimientos empíricos provenientes de la antropología, la sociología o la psicología, que tanto necesitaban las concepciones correccionalistas, en cierto modo dominantes. Ahora bien, la dirección impresa por el positivismo no fue aceptada acríticamente en España.

En Alemania destaca la figura de FRANZ VON LISZT, dentro de la *escuela sociológica alemana*. Para él, la finalidad preventivo-especial de la pena requería que se investigara en función de las distintas categorías de delincuentes y no, como hasta entonces, de manera uniforme para cualquier autor. Para ello, según VON LISZT, la ciencia del derecho penal debía atender a los resultados de las investigaciones antropológicas y sociológicas referentes a los delincuentes. En su famoso *Programa de política criminal de Marburgo*, en 1882[16],

[16] *Die Zweckgedanke im Strafrecht*, obra traducida por primera vez al español por el Prof. Dr. Carlos PÉREZ DEL VALLE (*La idea del fin en el derecho penal*), Comares, Granada, 1995, con una extraordinaria introducción a cargo del catedrático y decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada José Miguel Zugaldía Espinar.

publicado al año siguiente en la revista por él creada con DACHOW ("Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft"), VON LISZT establecía tres efectos distintos para la prevención especial: la intimidación, no de la sociedad sino del delincuente concreto; la inocuización; y la corrección. Como se sabe, este último aspecto es el único que ha pervivido en la actualidad, identificándose prevención especial con resocialización. La dirección iniciada por VON LISZT triunfó no solo en Alemania, sino también en otros países, como Francia e Italia.

En España, en cambio, las *concepciones correccionalistas*, expresión del importante movimiento intelectual liberal del "Krausismo", continuaron siendo, de algún modo, dominantes durante el último tercio del siglo XIX y primero del XX. DORADO MONTERO se distancia bastante del positivismo italiano, representado por LOMBROSO, FERRI y GARÓFALO, rechazando las explicaciones causales del delito seguidas por estos. También rechaza las clasificaciones de delincuentes, características tanto del positivismo italiano como de la escuela sociológica alemana, sosteniendo que "toda clasificación que de los mismos se haga tiene que ser artificial, pues cada delincuente, como cada hombre en general, es distinto de todos los otros, y forma, por consecuencia, una categoría a se"[17]. La actitud escéptica de DORADO MONTERO fue desarrollada posteriormente por JIMÉNEZ DE ASÚA, quien partiendo también del correccionalismo intentó circunscribir la tarea propia de la criminología frente a la del derecho penal. JIMÉNEZ DE ASÚA entendió que la posibilidad de una criminología clínica en el sentido defendido por DORADO MONTERO, que viniera a reemplazar el derecho penal, estaba condicionada por una previa reforma de la sociedad. Según JIMÉNEZ DE ASÚA, los postulados defendidos por DORADO MONTERO,

[17] *Bases para un nuevo derecho penal*, p. 38.

esto es, la implantación de un sistema puramente preventivo especial, solo son realizables con un cambio absoluto, total, tanto de horizontes políticos como de ambientes sociales, agregando, además, que tales postulados, "al adaptarse a los regímenes vigentes, se transforman en arma de arbitrariedad y defensa de la clase dominante"[18].

Muy probablemente, JIMÉNEZ DE ASÚA tuvo presente, para llegar a tales conclusiones, la evolución de Ferri hacia planteamientos de compromiso con el régimen fascista, y también las tendencias a una reducción de las garantías del derecho penal, implícitas en buena medida en un programa puramente preventivo especial. *Consecuentemente, las explicaciones causales del* delito dadas por la escuela italiana no son aceptadas ni por DORADO MONTERO ni por JIMÉNEZ DE ASÚA. El primero puso en duda su cientificidad; el segundo, advierte sobre sus consecuencias políticas, y acentúa más el problema de la libertad que el de la pura prevención especial. En este sentido, señala JIMÉNEZ DE ASÚA que "el principio de la libertad está protegido por el clasicismo y, en cambio, corre enorme peligro en la escuela positiva"[19]. Decía JIMÉNEZ DE ASÚA: "Yo defiendo la peligrosidad subjetiva, el arbitrio de los juzgadores, la sentencia indeterminada y otras muchas instituciones de nuevo cuño, para cuando el viejo derecho punitivo se transforme en una institución protectora de los delincuentes y de la sociedad"[20].

Posteriormente, el programa de reformas postulado por DORADO MONTERO, que no logró imponerse ni en la teoría ni en la legislación, fue considerado por uno de sus biógrafos como utópico. Me refiero a ANTÓN ONECA, para quien "son utópicas aquellas orientaciones que trascienden la realidad, y al pasar al plano de la prácti-

[18] *Problemas de derecho penal*, 1931, ps. 15, 134 y siguientes.
[19] Ob. cit., p. 14.
[20] Ob. cit., p. 135.

ca, tienden a destruir, ya sea parcial o completamente, el orden de cosas existente en determinada época"[21]. Por ello, para Antón Oneca la reforma radical del sistema penal pregonada por el correccionalismo debía aplazarse hasta que la evolución de la sociedad juntara la utopía con la realidad[22]. Antón Oneca fundamenta un sistema de doble vía en el que distingue entre penas y medidas, que es paralela a la diferenciación entre prevención general y especial; la pena sirve a la prevención general, mientras que la medida sirve a la prevención especial[23]. Frente a la posición adoptada por Dorado Montero hubo, durante el primer tercio del siglo XX, otras tendencias, menos radicales, orientadas a la determinación de las leyes naturales que explican y permiten predecir cómo una persona llega a ser un criminal, y que en la doctrina se han encuadrado bajo la rúbrica de *teorías de la criminalidad*[24].

A pesar del auge que en un principio alcanzaron, aquellas clasificaciones de delincuentes fueron abandonadas a partir de la década de los sesenta, experimentando la prevención especial una amplia reformulación. Así, se definió el fin de la pena, de una manera uniforme, a través del concepto de *resocialización*. Se abandonó el causalismo antropológico y biológico, propio del positivismo italiano, cuyo déficit de verificación científica lo hacía científicamente insostenible, atendiéndose paralelamente a las consideraciones que ponen de manifiesto la corresponsabilidad de la sociedad en el delito; finalmente, se subrayó la importancia de la ejecución penal basada en la idea de tratamiento.

21 *La utopía penal de Dorado Montero*, Salamanca, 1950, p. 86.

22 Ob. cit., p. 87.

23 *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, Salamanca, 1945, ps. 105 y siguientes.

24 Como máximos representantes de estas teorías destacan Salillas, Montes, Quintiliano Saldaña y Ruiz Funes; cfr. Cobo del Rosal, M., y Bacigalupo, E., en "Desarrollo histórico de la criminología en España", *CPC*, nº 11/1980, ps. 38 y siguientes.

Esta nueva idea de prevención especial llevó a la aparición de una serie de instituciones que permiten dejar de ejecutar total o parcialmente la pena en delitos poco graves cuando lo permiten las condiciones del delincuente, como es el caso, en el Código Penal español vigente, de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad (arts. 80 y ss.), la sustitución de las penas privativas de libertad (arts. 88 y ss.) y la libertad condicional (arts. 90 ss.)[25]. También responde a la idea de prevención especial la concepción resocializadora de las prisiones que se ha extendido en las distintas legislaciones, entre ellas la española[26]. Sin embargo, la moderna concepción de la prevención especial ha sido sometida en los últimos años a fuertes discusiones[27], sobre todo como consecuencia de las dificultades teóricas y prácticas que suscita la meta de la resocialización. Veamos algunas de las principales objeciones con que tropieza la prevención especial como único fundamento de la pena.

En primer lugar, si el fin de la pena fuera exclusivamente impedir la reincidencia del autor concreto, el recurso a la pena debería vincularse con la tendencia del sujeto a reincidir, luego muchas veces los delitos deberían permanecer impunes; concretamente, en los casos en los que no se diera dicha tendencia y, por

25 Ver VALMAÑA OCHAITA, *Sustitutivos penales y proyectos de reforma en el derecho penal español*, Madrid, 1990.

26 Según el art. 1º de la *LOGP*: "Las instituciones penitenciarias reguladas en la presente ley tienen como fin primordial la reeducación y reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados. Igualmente tienen a su cargo una labor asistencial y de ayuda para internos y liberados".

27 Cfr. ROXIN, "Sentido y límites de la pena estatal", ya cit., ps. 15 ss.; BACIGALUPO, "Significación y perspectivas de la oposición derecho penal-política criminal", *RIDP*, 1978, ps. 15 y ss.; BERGALLI, R., *¿Readaptación social por medio de la ejecución penal?*, Madrid, 1976; GARCÍA-PABLOS MOLINA, A., "La supuesta función resocializadora del derecho penal", en *Estudios penales*, Barcelona, 1984, ps. 17 y ss., con amplia bibliografía.

consiguiente, fuera innecesaria la prevención especial y, por tanto, la pena. Así ocurriría en no pocos delitos graves, en los que la actuación del delincuente obedeció a estímulos y circunstancias que casi seguro no se van a volver a repetir en la vida del sujeto[28]; por ej., en los delitos pasionales. En todos estos casos, sin embargo, es indudable que la improcedencia de la prevención especial no debe conducir a dejar sin castigo al delincuente. Por el contrario, la prevención especial como único fundamento de la pena permitiría la aplicación de penas muy graves por hechos de gravedad relativamente pequeña, en los casos, por ej., de multirreincidencia en delitos contra la propiedad, en los que no existen prácticamente posibilidades de resocialización.

En segundo lugar, tampoco esta teoría de la prevención especial, lo mismo que la de la prevención general, tiene un carácter empírico-científico. Son muchos los delincuentes que reinciden tras haber sufrido una pena[29], lo que pone de manifiesto el fracaso, generalmente al menos, del tratamiento en las cárceles, orientado a la reeducación y reinserción social, es decir, de la prevención especial. Y es que, en verdad, no resulta nada fácil compatibilizar la privación de libertad, básicamente desocializadora, con la resocialización del autor.

Finalmente, se le critica a la teoría de la prevención especial, desde un punto de vista ético y constitucional, que el Estado no puede incidir en la libre personalidad del sujeto. En un Estado democrático, la resocialización nunca debe ser obtenida contra la vo-

28 MIR PUIG, S., *Derecho penal*, 4ª ed., PG, Barcelona, 1996, p. 55; se refiere este autor a los delincuentes nacional socialistas juzgados después de la guerra que, "pese a la gravedad de sus cargos, bajo la nueva situación política *dejaron*, en su mayor parte, de encerrar peligrosidad criminal, condicionada al régimen que potenció su actividad criminal".

29 Ver, al respecto, la obra de BERGALLI, *La recaída en el delito: modos de reaccionar contra ella*, Barcelona, 1980.

luntad del sujeto. ¡No se puede *imponer* un determinado tratamiento a una persona y experimentar con ella! Sería el caso, por ej., de los delincuentes por convicción, políticos, terroristas, que rechazan toda resocialización.

b) *DERECHO PENAL Y PREVENCIÓN GENERAL (NEGATIVA)*. — Cuando el derecho penal se desplaza desde el delincuente concreto a la sociedad en general, se habla de prevención general. Pero el derecho penal puede incidir en la sociedad de dos formas: a través de la prevención general negativa o intimidatoria y a través de la prevención general positiva o integradora. Mientras que esta última se dirige a la colectividad como conjunto de potenciales víctimas, la prevención general negativa contempla la sociedad como conjunto de delincuentes en potencia. Desde esta última perspectiva, la estrategia que se emplea en la lucha contra el delito es clara: la pena se concibe como una intimidación, como una amenaza dirigida al ciudadano para que se inhiba de cometer delitos.

Durante el *Antiguo Régimen* era el momento de la ejecución de la pena, de carácter público y contenido altamente aflictivo, el que desempeñaba esta función. Pero con la teoría de la coacción psicológica de von Feuerbach, y también con Filangieri, en Italia, y Bentham, en Inglaterra, aquella función de intimidación se traslada al momento anterior de la conminación legal. La prevención general consiste en conminar o amenazar con una pena la realización de determinadas conductas consideradas delictivas, orientándose hacia la generalidad de los ciudadanos. Se trata de inhibir los impulsos delictivos de autores potenciales indeterminados; la amenaza de la pena puede infundir temor a los posibles delincuentes y moverlos a abstenerse de cometer delitos. Para el autor alemán, la pena opera como coacción psicológica en el momento abstracto de

la incriminación legal; la ejecución, por su parte, tendría el sentido de confirmar la seriedad de la amenaza legal.

Con acierto, se le ha objetado a la teoría de la prevención general que permita elevar las penas indefinidamente, pues cuanto más grave sea el mal amenazado, la pena, más grave será el efecto intimidante. Esta es, pues, la primera crítica a dicha teoría[30]: el riesgo de incrementar la gravedad de las penas. Un derecho penal basado exclusivamente en la prevención general daría lugar a un incremento constante de las penas de los delitos más graves, o de los que se cometan con mayor frecuencia, llegándose así fácilmente a penas injustas, desproporcionadas a la gravedad del delito. Por este motivo, la prevención general requiere un correctivo o límite que, en verdad, no se puede extraer de su propia lógica y, por ello, debe ser externo (por ej., la culpabilidad por el hecho).

La teoría de la prevención general (negativa) también es criticable desde un punto de vista empírico. Se habla así de la indemostrabilidad del carácter intimidatorio de la pena[31], cuestionando con ello la eficacia de esta estrategia en la prevención de delitos. Es decir, hasta ahora no se ha demostrado convincentemente que la pena consiga ese fin preventivo general,

30 Cfr. ROXIN, ob. cit., p. 18.

31 GIMBERNAT, desde la perspectiva del psicoanálisis, explica el mecanismo de la intimidación de la siguiente manera: "De la misma manera que la conciencia, el Super-Yo del niño se forma reaccionando con la privación de cariño (con el castigo) ante el comportamiento prohibido y con el otorgamiento de cariño ante el comportamiento deseado, expresado más correctamente: se forma mediante la introyección por el niño de esas exigencias y deseos que se le dirigen, así también la sociedad tiene que acudir a la amenaza con una pena para conseguir –creando miedos reales que luego son introyectados de generación en generación mediante el proceso educativo– que se respeten en lo posible las normas elementales e imprescindibles de convivencia humana" ("¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?", *Estudios de derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1990, ps. 146 y 147.

esto es, ese fin de prevenir el delito por el temor que pueda infundir la pena; ejemplo bien conocido es el de la pena de muerte, pues donde se ha implantado no se ha logrado por ello evitar, ni disminuir siquiera, los delitos que la tienen prevista. Como dice ROXIN, "cada delito es ya, por el hecho de existir, una prueba en contra de la eficacia de la prevención general"[32].

Desde un punto de vista ético, se le puede criticar su incompatibilidad con la dignidad de la persona, porque difícilmente puede ser compatible con la dignidad humana el castigar a una persona por lo que puedan hacer los demás, es decir, utilizarla como ejemplo para los demás. La dignidad humana impide que el Estado tome a la persona como medio para lograr un fin; ¡la persona es un fin en sí misma! En esto llevan razón los seguidores de las teorías absolutas.

Finalmente, se dice que la pena no se puede legitimar en su necesidad y utilidad para la prevención de delitos, por cuanto que "la *mejor forma* de prevenir la criminalidad suele ser la del recurso a mecanismos distintos a los de la pena (v. gr.: estructuras sociales más justas, más equitativo reparto de la riqueza, fomento de la educación y de la cultura, asistencia a marginados, etc.)"[33].

En la actualidad, como se dijo, una corriente doctrinal sostiene que la prevención general no debe buscarse a través de la intimidación, sino mediante una ratificación de la confianza de la sociedad en la vigencia de las normas penales (prevención general positiva). Pero de esta nueva perspectiva de la función de la pena, actualmente en auge, me ocuparé más adelante. Antes quiero hacer alguna referencia a las teorías mixtas.

[32] Ob. cit., p. 18.

[33] ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *Fundamentos de derecho penal*, Universidad de Granada, 1991, p. 61.

§ 3. LA SÍNTESIS ENTRE LA JUSTICIA Y LA UTILIDAD SOCIAL

Un tercer grupo de teorías lo componen las llamadas "teorías mixtas" o de la unión (*Vereinigunstheorien*), que tratan de combinar los principios legitimantes de las teorías absolutas y de las relativas en una *teoría unificadora*; estas teorías mixtas son fruto en buena medida de las enconadas discusiones entre los partidarios de las teorías absolutas y relativas ("lucha de escuelas") que presidieron el panorama científico-penal de principios de siglo en Alemania. La dirección ecléctica que suponen estas teorías ha venido constituyendo desde entonces la opinión dominante en Alemania y otros países. Se entiende que la retribución, la prevención general y la especial son distintos aspectos de un fenómeno complejo como la pena. Para ellas, la pena es retribución (de la culpabilidad; idea de la justicia) y prevención (del delito; idea de la utilidad) al mismo tiempo. Luego, la pena será legítima en la medida en que sea, a la vez, *justa y útil*.

Ahora bien, dentro de este grupo de teorías mixtas, que, como se ha dicho, pretenden dar satisfacción al mismo tiempo a las exigencias de la justicia y a las exigencias de la prevención, hay, básicamente, dos direcciones. Una primera dirección da prioridad a las exigencias de la justicia sobre las de la prevención, es decir, se orienta preferentemente hacia la justicia[34]. Sus seguidores creen que la función de protección de la sociedad, de protección de bienes jurídicos, que corresponde al derecho penal, ha de basarse en la retribución justa, y en la determinación de la pena con-

[34] Cfr. MAURACH, Reinhart, *Deutsches Strafrecht*, 4ª ed., AT, 1971, p. 63.

ceden a los fines de prevención un mero papel complementario, siempre dentro del marco de la retribución. Esta posición es la que inspiraba el Proyecto gubernamental alemán de nuevo Código Penal de 1962[35].

La segunda dirección de las teorías de la unión se orienta preferentemente hacia la utilidad (prevención), correspondiendo únicamente a la retribución la función de límite máximo de las exigencias de la prevención, impidiendo así que tales exigencias conduzcan a una pena superior a la merecida por el hecho cometido (pena justa como límite). Ahora bien, a diferencia del anterior punto de vista, esta segunda dirección permitiría disminuir, e incluso prescindir de la pena, por debajo de lo que exigiría la retribución; se trata de hallar *soluciones útiles que no sean injustas*. Una clara e importante expresión de esta posición se puede encontrar en el Proyecto Alternativo alemán (*Alternativ Entwurf*) que, en 1966, un grupo de profesores opusieron como alternativa al proyecto gubernamental de 1962[36].

El Proyecto Alternativo, partiendo en su fundamentación de que "la pena es una amarga necesidad en una comunidad de seres imperfectos como son los

[35] En el Proyecto alemán de 1962 se señalaba lo siguiente: "El Proyecto no ve el sentido de la pena solo en que compense la culpabilidad del delincuente. Junto con ello tiene también el sentido general de hacer prevalecer el orden jurídico. Además sirve a determinados fines políticocriminales, en primer término al fin de prevenir futuros delitos. Esto puede ocurrir intimidando al delincuente y a los demás para que no se cometan tales hechos. Y puede lograrse de modo más duradero, actuando sobre el delincuente para volverle a ganar para la comunidad. Todos estos fines se consiguen en parte por sí mismos mediante la pena. Pero en el caso concreto se puede también procurar de modo especial conseguirlos con la clase y medida de la pena"; texto tomado de "Sentido y límites de la pena estatal", ya cit., p. 19.

[36] Integrado, concretamente, por los siguientes 14 profesores: BAUMANN, BRAUNECK, HANACK, KAUFMANN, KLUG, LAMPE, LENCKNER, MAIHOFER, NOLL, ROXIN, R. SCHMITT, SCHULTZ, STRATENWERTH y STREE; cfr., sobre la doctrina contenida en este Proyecto, MIR PUIG, *Introducción a las bases del derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1982, ps. 73 y siguientes.

hombres", rechaza ya la retribución como fundamento de la pena, y la concibe en el sentido de protección de la comunidad y de los bienes jurídicos de sus integrantes, y de reincorporación del sujeto a la misma. La pena sirve, según el parágrafo 2 del Proyecto, "para la protección de los bienes jurídicos y para la reinserción del delincuente en la comunidad", y según el parágrafo 7 "el fin de la ejecución de la pena es fomentar la reinserción del condenado en la comunidad". El Proyecto Alternativo alemán suprime totalmente las penas privativas de libertad de corta duración. De otro lado, aun manteniendo el sistema dualista[37], modifica la relación entre pena y medida de seguridad, al establecer que las medidas privativas de libertad deben cumplirse siempre antes de la pena y computarse sobre esta (principio vicarial)[38].

En el marco, pues, de las teorías mixtas que se encuadran en la segunda dirección, se procura una adecuada protección de los valores fundamentales (bienes jurídicos) de nuestra sociedad, pero con el menor costo posible de represión y de sacrificio de la libertad individual.

[37] Se habla de *sistema dualista* (por oposición al monista, que solo prevé penas o medidas) o de *doble vía*, desde que Carl Stooss, profesor de derecho penal en la Universidad de Berna, propusiera en 1894 en el Anteproyecto de Código Penal suizo un sistema doble de consecuencias jurídicas del delito, unas condicionadas por la culpabilidad del autor (las penas), y otras que no presuponen dicha culpabilidad, sino más bien peligrosidad (las medidas de seguridad y corrección).

[38] El Proyecto alternativo alemán de 1966 contenía medidas privativas de libertad tales como el internamiento en una casa de curación y asistencia (para alcohólicos y drogadictos), el *internamiento* en un establecimiento de desintoxicación (para alcohólicos), el internamiento en un establecimiento de terapia social (para los delincuentes con alteraciones de la personalidad y multirreincidentes) y en un establecimiento de seguridad. Según el parágrafo 69.6: "En el establecimiento de terapia social deben desarrollarse en el interno, mediante especiales ayudas psiquiátricas, psicológicas y pedagógicas, la voluntad y la capacidad de llevar en el futuro una vida en libertad".

A las teorías mixtas se les ha objetado que, al tratar de compaginar lo incompaginable, "atraen hacia sí los inconvenientes de las teorías absolutas y de las teorías relativas"[39], pues la pena justa puede ser normalmente inútil y la pena útil puede ser injusta.

Mención aparte requiere la construcción dialéctica de ROXIN (*teoría dialéctica de la unión*); dialéctica porque acentúa la oposición de los diversos puntos de vista y trata de alcanzar una síntesis[40]. La forma de alcanzar esta síntesis, según ROXIN, consiste en atribuir a la pena distintas funciones, según el momento de que se trate, esto es, según se trate de la amenaza o conminación legal, del momento de la determinación de la pena, o del momento de la ejecución.

En el momento de la *amenaza* (fase de individualización legislativa), la función o fin de la pena, según ROXIN, es la protección de bienes jurídicos; protección que solo podrá buscarse a través de la prevención general intimidatoria. Es decir, la pena, en este primer momento, pretende disuadir a todos los ciudadanos para que se abstengan de delinquir. Evidentemente, el legislador, encargado de establecer la pena abstracta que corresponde a cada delito, no puede tomar en consideración circunstancias relativas al autor concreto del delito, pues desconoce quién va a infringir la norma, pero sí puede y debe tener en cuenta algunos elementos preventivo-especiales de carácter abstracto[41].

39 ZUGALDÍA, *Fundamentos*, ya cit., p. 67.

40 ROXIN, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, p. 28.

41 Con razón dice ZUGALDÍA al respecto (ob. cit., p. 72) que no tiene mucho sentido amenazar los delitos socio-económicos con multas, pues los delincuentes económicos o de "cuello blanco" pueden considerar dicha pena como un "riesgo económico" de la operación realizada; por el contrario, añade ZUGALDÍA, "parece más adecuado conminar esos delitos con penas privativas de libertad de corta o mediana duración que tiendan (. . .), no a la resocialización del autor (normalmente innecesaria en estos delitos), sino directamente a la intimidación general y a la admonición individual".

En el momento de la aplicación o *determinación judicial de la pena* (fase de individualización judicial), que supone el fracaso de la prevención general frente a un individuo concreto que, pese a la amenaza de la pena, ha delinquido, corresponde a la pena, en primer lugar, servir de complemento a la función de prevención general, pues la imposición de la pena por el juez supone la confirmación de la seriedad de la amenaza legal. Ahora bien, "en la medición de la pena el juez debe someterse a una limitación: *la pena no puede sobrepasar la culpabilidad del autor*"[42]. De lo contrario, se caería en la objeción kantiana que ROXIN hace a la prevención general: el autor sería utilizado como medio para lograr efectos sobre otros, por cuyos comportamientos él no es responsable[43]; esta instrumentalización de la persona sería contraria a la idea de dignidad proclamada en el art. 10.1, Const. española[44]. La objeción anterior se evita, según ROXIN, cuando el autor es castigado con arreglo a su culpabilidad, porque entonces la pena se le impone solo "según la medida de su persona"[45]. En segundo lugar, la aplicación judicial de la pena sirve también a la prevención especial. Se trata de determinar individualmente la pena concreta que se va a imponer al autor que ya ha delinquido, desplegando entonces la pena efectos sobre el autor del delito en orden a evitar su recaída en el delito.

Finalmente, en el momento de su *ejecución* la pena (fase de ejecución de la pena) sirve a la confirmación de los anteriores fines, pero de forma que tienda a la

42 MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 67.

43 Ibídem.

44 Señala ZUGALDÍA, ob. cit., p. 73, que al autor primario de un delito no grave, como, por ej., el de utilización ilegítima de vehículo de motor (art. 516 bis; 244 del nuevo Código Penal español), y cuyas posibilidades de recaída en el delito no constan, no sería lícito imponerle la pena privativa de libertad de arresto mayor, y no simplemente la de multa, argumentando que de esa forma "se puede disminuir o combatir" la alarma social que causa la comisión de un número elevado de delitos de esa clase.

45 MIR PUIG, ibídem; cfr. ROXIN, "Sentido y límites de la pena estatal" (trad. por D. LUZÓN PEÑA), p. 27.

resocialización del delincuente, como forma de prevención especial. En nuestro derecho esta función de la pena está establecida en el art. 25.2, Const. española, a cuyo tenor "las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social", pudiéndose entender este mandato como "la adopción de las medidas pertinentes para remover los obstáculos externos que hayan impedido o dificulten al delincuente las posibilidades de adaptar su vida al conjunto de los valores constitucionales"[46]. En el momento de la ejecución, pues, adquieren preponderancia los fines resocializadores[47].

§ 4. LAS NUEVAS CONCEPCIONES REFERENTES A LA UTILIDAD SOCIAL (PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA)

Como se vio, ni la prevención a través de la intimidación o coacción psicológica ni la resocialización son fines verdaderamente alcanzables. Por ello, dice HASSEMER que sus afirmaciones sobre situaciones y desarrollos empíricos son metodológicamente atacables[48],

[46] COBO DEL ROSAL, y VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, PG, 2ª ed., Valencia, 1987, p. 602.

[47] En nuestro derecho, bajo el control y observación de los jueces de vigilancia, institución introducida en el Derecho positivo español a través de la Ley General Penitenciaria, aprobada por L.O. 1/1979, de 26 de septiembre. Los jueces de vigilancia o de ejecución de penas tienen a su cargo: funciones de vigilancia, como cuidar que se cumplan las normas penitenciarias por parte del personal encargado de la custodia del reo; funciones de decisión, como aprobar sanciones, resolver los recursos formulados por los reclusos sancionados, resolver propuestas de libertad condicional y su revocación, aprobar propuestas de beneficios penitenciarios, permisos de salida, etc.; y funciones consultivas, como emitir informes y formular propuestas a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias en todo lo referente a la organización y desarrollo del régimen y tratamiento penitenciario (arts. 76 a 78).

[48] En HASSEMER; LÜDERSSEN, y NAUCKE, *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften*, 1983, ps. 39 y siguientes. A juicio de

y que la función de la pena es la *prevención general positiva*, es decir, "la reacción estatal a hechos punibles, que al mismo tiempo importa un apoyo y un auxilio para la conciencia normativa social", esto es, "la afirmación y aseguramiento de las normas fundamentales"[49]. En el mismo sentido sostiene JAKOBS que "la tarea del derecho penal es el mantenimiento de la norma, como modelo orientador del contacto social. El contenido de la pena, por tanto, es el rechazo de la desautorización de la norma, llevado a cabo a costa del que la ha quebrantado"[50].

Mediante la aplicación de la pena se ratifica constantemente la vigencia efectiva de las normas penales (del orden jurídico-penal en general) que han sido vulneradas, en cuanto que se contrapone al delito la pena, reforzándose de este modo la confianza general en torno a la vigencia de aquellas normas. Al propio tiempo, se fomentan los lazos de solidaridad social frente a los posibles infractores y se afianza la confianza institucional en el sistema y la fidelidad al ordenamiento jurídico; cada vez que se impone una pena, se restablece la norma, quebrantada por el delincuente, y los ciudadanos en general comprueban la ratificación de aquel orden jurídico-penal, así como que sus expectativas sobre la imposición de una pena en caso de comisión de un delito se ven satisfechas. Así, por ej., cuando se amenaza con la pena de prisión de seis meses a dos años el delito de allanamiento de morada, no se pretende tanto intimidar a los potenciales infractores para que no cometan este hecho delictivo, co-

---

HASSEMER, "las fundamentaciones referentes a intervenciones en la libertad y en el patrimonio, como las que ocasiona la pena, pierden, en caso de falta de base, no solo su dignidad científica, sino también su legitimidad práctico-normativa" (p. 56).

49 HASSEMER, ob. cit., p. 64; del mismo, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 1981, p. 296.

50 STRAFRECHT, 1991, ps. 9 y siguientes.

mo el fin funcional de mantener la vigencia en la sociedad de la norma que protege el ámbito de privacidad que supone el domicilio, por ser disfuncionales para el sistema social los actos que la atacan.

Tres funciones atribuye KAUFMANN a la prevención general positiva: una función informativa de lo que está prohibido y de lo que hay deber de hacer; una función de reforzar y mantener la confianza en la capacidad del orden jurídico de imponerse, y, por último, una función de crear y fortalecer en la mayoría de los ciudadanos una actitud de respeto por el derecho (no una actitud moral)[51].

A la teoría de la prevención general positiva se le ha criticado, principalmente, que supone un puro retribucionismo, por cuanto que al criticar la resocialización deja sin respuesta el problema fundamental del fin que se persigue mediante la ejecución de penas. En particular, según BARATTA no se acompaña la crítica "de la creación de instrumentos alternativos a los del derecho penal que ataquen los conflictos de la desviación en sus órganos y que sean compatibles con la reintegración social del autor, de la víctima y del ambiente"[52]. De otro lado, se le ha objetado que supone una injerencia en la esfera interna del ciudadano[53].

[51] "La misión del derecho penal" (trad. de S. MIR PUIG), en *La reforma del derecho penal II*, Bellaterra, 1981, p. 19; cfr. PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención*, de la Universidad Autónoma de Madrid, 1990, ps. 248 y ss.; muy interesante su último trabajo en el *Libro homenaje a Calus Roxin*, sobre "Aportaciones de la prevención general positiva a la resolución de las antinomias de los fines de la pena", Bosch, Barcelona, 1997, ps. 73 y siguientes. MIR PUIG ha desarrollado en nuestro país una concepción peculiar, por cuanto que rechaza una concepción fundamentadora de la prevención general positiva, aceptando, en cambio, la concepción integradora, en la medida en que aquella puede aportar límites a la mera intimidación (cfr. *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derechos, Barcelona*, 1982, ps. 31 y ss.).

[52] *Dei delitti e delle pene*, nº 1/1984, p. 21.

[53] MIR PUIG, op. cit., p. 32.

En realidad, la teoría de la prevención general positiva no impide un desarrollo adecuado, en fase de ejecución penal, del tratamiento dirigido a la reeducación y reinserción social. Además, esta función de la pena es una exigencia de la Constitución española; lo mismo que también lo son los principios de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad, libre desarrollo de la personalidad y dignidad humana, entre otros, que constituyen las bases institucionales de nuestro derecho penal. Más bien, "la teoría de la prevención general positiva tiene el mérito de no generar falsos optimismos en relación a las posibilidades de la ejecución de la pena privativa de libertad y, de esta manera, origina, necesariamente, una discusión sobre las alternativas reales a esta pena"[54].

En mi opinión, la teoría de la prevención general positiva lo que hace es independizar la cuestión de la legitimidad del derecho penal y, por consiguiente, de la pena, de la cuestión de los fines de la pena. Muy probablemente la razón haya que buscarla en la dificultad de demostrar empíricamente la utilidad de la pena, tanto desde un punto de vista de prevención general como especial. En verdad, si la utilidad se pone en duda, también se podría dudar de la legitimidad del Estado para imponer sanciones, si se parte de la utilidad como fundamento legitimante del *ius puniendi*.

Como se dijo, la teoría de la prevención general positiva sostiene que la legitimidad del derecho penal, del ejercicio del *ius puniendi* por el Estado, radica en mantener la confianza de la sociedad en la vigencia de la norma. Las penas se aplican para demostrar que la norma está vigente; el autor que comete un delito defrauda la confianza de todos en la vigencia de la norma y entonces, para restablecer esa confianza, aun-

[54] Bacigalupo, *Principios de derecho penal*, PG, Madrid, 1990, ps. 24 y 25.

que no empíricamente, hay que aplicar una pena. Esta es la *función social* del derecho penal. Es probable que, al mismo tiempo, la pena también logre algún efecto de prevención general y especial; pero se trata de una cuestión *abierta*, que no forma parte ya de la legitimación del derecho penal. Como ha dicho BACIGALUPO, "la decisión en favor de la prevención general positiva requiere por lo tanto que, al mismo tiempo, no se cierre la discusión sobre el progreso de la idea de un derecho penal más humano"[55].

[55] Ob. cit., p. 25.

CAPÍTULO II

LAS NORMAS JURÍDICAS DEL DERECHO PENAL

§ 5. INTRODUCCIÓN. LA TEORÍA DE LOS IMPERATIVOS

El derecho penal, como una técnica que es de control social, caracterizada por su carácter formal, pues su aplicación debe estar rodeada de una serie de garantías, y por amenazar con penas el incumplimiento de determinados comportamientos individuales[1], lo que la distingue de otros medios de control social, se articula como un sistema normativo o "conjunto de normas y de reglas para la aplicación de las consecuencias jurídicas que amenazan la infracción de aquellas"[2]. Precisamente, la configuración de la norma, desde que BINDING publicara *Las normas y su infracción* en 1872[3],

1 Cfr. BACIGALUPO, *Principios de derecho penal*, PG, Akal, Madrid, 1990, p. 9, y en 4ª ed. (1997), p. 7; en esta nueva edición, BACIGALUPO aborda como primera cuestión fundamental la relativa a la función de las normas, destacando la estrecha relación entre la función del derecho penal y las teorías de la pena.

2 BACIGALUPO, *Principios*, 1990, p. 11; cfr., en el mismo sentido, MIR PUIG, *Introducción a las bases del derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1982, p. 29; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, p. 311, y ZUGALDÍA, J. M., *Fundamentos de derecho penal*, PG, Universidad de Granada, 1991, ps. 25 y siguientes.

3 *Die normen und ihre übertretung*, I, 1ª ed., 1872; 4ª ed., 1922.

ha estado siempre en la base del sistema de la teoría del delito. Se puede decir que a partir de BINDING y, al menos, hasta WELZEL, hay una especie de correlación entre los cambios en el sistema y los cambios en la definición de la norma[4]. Ahora bien, que el concepto de norma sea el punto de partida de la construcción del sistema y que, por tanto, deba condicionar los problemas y soluciones de la teoría del delito, no representa hoy en absoluto un punto de vista indiscutido[5]. En realidad, hoy en día hay un importante sector de la doctrina que entiende, frente a la aún extendida idea de la concepción del derecho penal como protección de bienes jurídicos, que son las propias normas, que tienen su fundamento en las expectativas sociales de los ciudadanos, el objeto de protección del derecho penal[6], y que, por consiguiente, es la propia validez de las normas "el bien jurídico del derecho penal"[7].

Los principales conceptos de norma de la dogmática penal son dos:

a) la norma como imperativo, esto es, como una orden a la que se debe obediencia, y

b) la norma como doble juicio de valor, esto es, como norma objetiva de valoración y como norma subjetiva de determinación. El primero procede de la *teoría de los imperativos*, defendida por autores como BIERLING[8], BINDING[9], KOHLRAUSCH[10] y MAYER[11]. Según BINDING,

4 Cfr. sobre los conceptos de norma de la dogmática penal, el trabajo de BACIGALUPO, "La función del concepto de norma en la dogmática penal", en *RFDUCM*, monográfico 11, *Estudios de derecho penal en Homenaje al Prof. Luis Jiménez de Asúa*, Madrid, 1986, ps. 61 y siguientes.

5 Así, BACIGALUPO, ob. cit., p. 73, concluye afirmando que la función del concepto de norma en la dogmática penal es meramente secundaria; en el mismo sentido, más recientemente, en *Principios*, 1997, ps. 34 y 35.

6 Cfr. JAKOBS, *Strafrecht*, 1991, ps. 9 y siguientes.

7 Cfr. BACIGALUPO, *Principios*, p. 135.

8 BIERLING, E., *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, 1877.

9 Ob. citada.

10 KOHLRAUSCH, E., *Irrtum und Shuldbegriff im Strafrecht*, Berlin, 1903.

11 MAYER, M. E., *Rechtsnormen und Kulturnormen*, 1903.

era preciso distinguir entre las normas (*Normen*), previas al derecho penal y expresadas mediante prohibiciones (de hacer) o mandatos (de hacer algo), dirigidas a los ciudadanos, y las leyes penales (*Strafgesetze*), dirigidas a los jueces; decía BINDING, "yo extraigo el siguiente resultado: la pauta de acción obligatoria, infringida por el delincuente, es la prohibición o el mandato de acción como tal, sin ninguna referencia del agente *a la consecuencia jurídica* que se *conecta a la acción* como su condición. Este mandato lo encontramos en lo esencial mediante la transformación de la primera parte de una proposición del derecho penal en una orden: no obrar como en ella se expresa o bien obrar como allí se lo exige. A esta orden legal yo la designo como norma. La norma precede conceptualmente a la ley penal, pues esta amenaza la infracción de la norma con una pena o la declara impune"[12].

Para este autor, pues, norma y ley penal son objetos diversos, aquella es un *prius* respecto de esta. Por consiguiente, "el delincuente cumple el supuesto de hecho de la ley; por tanto, no lesiona la ley penal en forma alguna"[13]. Así, sería incorrecto afirmar, cuando, por ej., alguien mata a otro, que se ha "lesionado" la ley penal; más bien, lo que ha ocurrido es que se ha "cumplido" la ley penal.

Lo que sí se ha lesionado en el ejemplo anterior es la norma que dice "¡no debes matar!". En este caso, la infracción de la norma, el delito, ha tenido lugar mediante una acción (haciendo), porque aquella estaba expresada en una prohibición; pero también puede producirse –aunque con menos frecuencia– omitiendo, en los casos en los que la norma se concreta en un mandato. En cualquier caso, la norma se concibe como una

[12] *Die normen*, I, 4ª ed., 1922, p. 45.
[13] Ob. cit., p. 4.

"regla con excepciones"[14], representadas por las causas de justificación.

La norma que dice que "¡no debes matar!" (prohibición) se infringe haciendo (matando), pero una posible excepción lo sería la legítima defensa; del mismo modo, la norma que dice que "¡debes prestar ayuda al necesitado!" (mandato) se infringe no prestando ayuda (omitiendo), pero dicha norma también puede tener alguna excepción, como, por ej., el cumplimiento de un deber más importante (estado de necesidad por colisión de deberes). Y no solo la norma se concibe con excepciones. También el *derecho de sancionar* del Estado es un derecho con excepciones; por ej., el delito de hurto es punible, salvo que concurra una relación parental estrecha entre el autor y la víctima (así, en el art. 268.1 del vigente Código Penal español).

Como se dijo, son los ciudadanos los destinatarios de la norma (norma jurídica, no jurídico-penal). Luego, el que no la conoce no puede transgredirla[15], siendo entonces *la conciencia de la antijuricidad un elemento* fundamental del delito, pues de ella depende la capacidad del sujeto de comportarse de acuerdo con aquella. Esta "capacidad de acción" (*Handlungsfähigkeit*) de BINDING hacía innecesaria la distinción entre ilícito y culpabilidad. En cambio, el destinatario de la ley penal es el Estado o, en particular, el juez. Por consiguiente, el conocimiento de la ley penal no condiciona su aplicación al infractor de la norma. En resumen, para la teoría de los imperativos solo el error de prohibición podía ser relevante; no, en cambio, el error sobre la punibilidad.

[14] BINDING, *Die Normen*, I, ps. 127 y siguientes. Otro punto de vista: HOLD VON FERNECK, *Die Rechtswidrigkeit*, I, 1903, ps. 198 y ss.; KOHLRAUSCH, op. cit., p. 68.

[15] BINDING, *Die normen*, II, p. 147.

Las consecuencias para el sistema de la teoría del delito basado en esta teoría de la norma serían, básicamente, las siguientes:

a) solo puede haber una ilicitud subjetiva, esto es, dependiente del conocimiento del autor;

b) solo puede ser obligado por la norma su destinatario, lo que depende de la capacidad de comprender;

c) solo puede ser objeto de la norma una acción (no su resultado), y

d) ilícito y culpabilidad son inseparables, pues no hay antijuricidad sin culpabilidad[16].

Con razón ha afirmado BACIGALUPO que con estos caracteres se puede construir un sistema respetuoso con el principio de que "no hay pena sin culpabilidad"[17], pero, desde luego, solo adecuado a un programa unidimensional. La concepción de lo ilícito como infracción culpable de la norma entra en clara contradicción con un programa penal bidimensional, que distinga entre la antijuricidad y la culpabilidad, y "con una concepción del derecho penal que prevea consecuencias jurídicas que no presupongan culpabilidad. Las medidas de seguridad, como es sabido, requieren que el autor haya infringido el orden jurídico aunque no haya sido culpable"[18].

§ 6. LA NORMA COMO JUICIO DE VALOR

Pero pronto se produciría una transformación de la política criminal, seguida de una transformación del concepto jurídico de norma y del propio sistema, en el que la base no está ya en la libertad del sujeto,

16 Cfr. MERKEL, *Kriminalistische Abhandlugen*, 1867, ps. 43 y siguientes.

17 "La función del concepto de norma en la dogmática penal", ya cit., p. 65.

18 Ibídem.

sino en la defensa de los bienes jurídicos. Decía VON LISZT que "la pena está al servicio de la protección de bienes jurídicos" y que "la historia del derecho penal es la historia de los intereses de la humanidad declarados bienes jurídicos"[19]. La pena necesaria no va a ser aquella que produzca al autor un mal por el mal uso de su libertad, esto es, la pena justa, como se entendía en el marco de las llamadas teorías absolutas; la pena necesaria será la útil para la defensa de los bienes jurídicos, esto es, la que permita defender a la sociedad de la lesión de sus bienes jurídicos. Esta orientación exigía que el derecho penal dirigiera su atención, más que al hecho (libre) ejecutado de la teoría de los imperativos, al autor. Como puede comprenderse, en el marco de este sistema alternativo a la teoría de los imperativos no tiene sentido hablar de órdenes, desde el momento que se cuestiona la libertad del sujeto y se deja de entender el delito como un acto de rebeldía.

El delito es una perturbación (grave) del orden social y lo que importa principalmente es el daño social, no la voluntad contraria al derecho. Luego, en este sistema no tiene importancia el aspecto imperativo de las normas; la norma se identifica con un juicio de valor. Según VON LISZT, "la antijuricidad contiene un juicio de disvalor sobre el hecho, y la culpabilidad, un juicio de disvalor sobre el autor"[20].

El anterior punto de vista solo se impuso en parte, lo mismo que la teoría de la pena sobre la que se apoyaba, esto es, la teoría de prevención especial, en sus distintas versiones: correcionalismo, en España; escuela positiva, en Italia, y escuela sociológica, en Alemania, cuyo máximo representante fue precisamente VON LISZT.

19 VON LISZT, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, I, 1905, p. 149.

20 VON LISZT, *Lehrbuch des deutschen strafrechts*, 16ª/17ª ed., 1908, p. 116; en el mismo sentido VON HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, 2, 1930, p. 187.

§ 7. LA DISTINCIÓN ENTRE LA NORMA OBJETIVA DE VALORACIÓN Y LA NORMA SUBJETIVA DE *DETERMINACIÓN*

Las teorías de la unión intentaron acabar con el enfrentamiento ("lucha de escuelas") entre los partidarios de las teorías absolutas y relativas (entre las que se encontraba la de la prevención especial), combinando para ello los principios de unas y otras teorías. En particular, las teorías de la unión exigían un concepto de norma que permitiera sintetizar el juicio de valor y el imperativo, tal como lo propusieron SCHMIDT[21] y MEZGER[22].

Esta reformulación de la teoría de la norma suponía una distinción entre la *norma objetiva de valoración* (norma jurídica), que se podía definir como "un deber impersonal"[23], es decir, como un juicio de valor sobre el hecho y no sobre el autor, en el que lo decisivo es la defensa de un determinado "estado de cosas", y la *norma subjetiva de determinación* o de motivación (norma de deber), que implicaba precisamente un desplazamiento del imperativo originario al ámbito de la culpabilidad. Como puede verse, según esta concepción la norma haría referencia a dos momentos: la primera tendría relevancia en el momento de la ilicitud, y la segunda en el de la culpabilidad.

Las ventajas de este punto de vista sobre la norma (*concepción de la norma de dos momentos*) se pueden resumir así:

21 En VON LISZT y SCHMIDT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrecht*, I, 26ª ed., 1932, ps. 174 y siguientes.

22 En "Die Subjektiven Unrechtselemente", *Gerichtssaal (GS) 89 (1924)*, ps. 240 y siguientes.

23 MEZGER, ob. cit., p. 245; ver también VON LISZT y SCHMIDT, ob. cit., p. 175.

a) permitía concebir la ilicitud en sentido objetivo, con independencia del autor, como un "orden objetivo de vida"[24];

b) permitía eliminar el problema del destinatario y poder considerar al incapaz como autor de un ilícito, aunque no fuera culpable;

c) luego, también podían ser objeto de la norma (de valoración) los actos de los inimputables[25], y

d) la distinción entre lo ilícito y la culpabilidad permitía aplicar las medidas de seguridad; la culpabilidad, como se vio, se construye como la infracción de la norma subjetiva de motivación (norma de deber)[26], que en nada se diferenciaba de la norma de la teoría de los imperativos.

De otro lado, los problemas que enfrentó esta teoría fueron, básicamente, los siguientes:

a) ¿cómo justificar que el objeto de la valoración sea solo el aspecto exterior del comportamiento?, ¿por qué no el aspecto subjetivo?, y

b) el problema de la compatibilidad del concepto de ilícito que surge de esta teoría de la norma con el ideal científico de las ciencias del espíritu, de clara influencia en la ciencia del derecho de aquella época[27], y cuya referencia común es, en palabras de DILTHEY, "determinar lo humano y diferenciarlo de lo que corresponde a las ciencias naturales"[28]. En efecto, con la norma (objetiva) de valoración el contenido de ilicitud quedaba reducido a la lesión causalmente producida de un bien jurídico, luego a un simple suceso natural, cuando las nuevas corrientes de pensamiento

[24] MEZGER, ob. cit., p. 242.

[25] Cfr. MEZGER, *Lehrbuch*, 3ª ed., 1949, p. 164.

[26] Cfr. MEZGER, *Lehrbuch*, p. 166, y GOLDSCHMIDT, "Normativer Schuldbegriff", *Festgabe für Franck*, I, 1930, ps. 428 y siguientes.

[27] Cfr. WELZEL, "Studiem zum System des Strafrechts", *ZStW 58 (1939)*, ps. 491 y siguientes.

[28] *Der Aufbau der geschichtlichen Welt in der Geisteswissenschaften*, 1911, p. 91.

exigían que lo ilícito reflejara la diferencia entre la realidad de las ciencias naturales y la realidad de las ciencias del espíritu (entre lo humano y lo natural). Por tanto, el objeto de la norma no podía quedar reducido a un resultado *causado* por un movimiento corporal; esta explicación causal no servía para lograr aquella necesaria diferenciación. El objeto de la norma solo podía serlo una acción, un *acto humano*; esta idea hizo posible la aparición de un *concepto personal de lo ilícito* y, en cierto modo, un retorno a la teoría de los imperativos. Según WELZEL, "el resultado causado (lesión del bien jurídico) y despojado de la persona de su autor no agota lo ilícito; la acción es antijurídica solo como la obra de un determinado autor: qué fin ha dado este al hecho objetivo, de qué actitud ha partido, qué deberes le incumbían, todo ello determina en forma decisiva lo ilícito del hecho junto a la lesión del bien jurídico"[29].

§ 8. EL RETORNO A LA TEORÍA DE LOS IMPERATIVOS

A partir de este momento comenzó una *nueva situación*, una nueva fase del desarrollo de la teoría del delito, caracterizada por la oposición entre la teoría causal de la acción y la teoría final de la acción. La disputa entre el "finalismo" y el "causalismo" no se redujo a una discusión sobre el concepto de acción; también el objeto de la norma quedó alcanzado y, por tanto, el concepto de lo ilícito, pues mientras que los causalistas siguieron la teoría de la norma de valoración y la norma de determinación, los finalistas proclamaron un retorno a la teoría de los imperativos[30].

29 WELZEL, *Das neue Bild des Strafrechtssystem*, 4ª ed., 1961, p. 29.
30 Cfr. KAUFMANN, Armin, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, p. 145.

Para la teoría finalista las normas de conducta, mandatos y prohibiciones, tienen como objeto acciones finales; este y no otro es el objeto de la norma. "Las normas jurídicas, es decir, las prohibiciones y los mandatos, no pueden dirigirse a procesos causales ciegos, sino solo a acciones que permitan una configuración del futuro dirigido finalmente"[31].

Sin embargo, el retorno a la teoría de los imperativos para fundamentar el concepto personal de ilícito presentaba algunos problemas. Principalmente, porque el nuevo sistema del derecho penal no quería retornar también al monismo (utilización exclusiva de la pena) de las teorías absolutas. Desde finales del siglo XIX se había impuesto el sistema de "doble vía", esto es, el dualismo de penas y medidas de seguridad y, por tanto, se necesitaba un concepto de ilícito personal común para la aplicación de una y otra consecuencia jurídico-penal. Se trataba, pues, de fundamentar la distinción entre ilícito y culpabilidad en el marco de un concepto de norma (teoría de los imperativos) que había sido abandonado precisamente por su incapacidad para hacer frente a dicha exigencia[32].

Pues bien, el primer paso para llevar a cabo aquella tarea fue llevado a cabo por WELZEL. Este entendió que la distinción que había de posibilitar la adaptación debía practicarse en el *objeto de la norma*. Lo que determina el significado de la acción para el orden jurídico es la finalidad, la dirección (voluntaria) de la acción al resultado (*dirección final de la acción*). Este es el objeto de la norma y, por consiguiente, elemento esencial de lo ilícito. La consecuencia práctica de este punto de vista es que el dolo, como conocimiento y voluntad de realización del supuesto de hecho del tipo penal, se convierte, junto con la acción, en elemento

[31] WELZEL, *Lehrbuch*, 11ª ed., 1969, p. 37.

[32] BACIGALUPO, "La función del concepto de norma en la dogmática penal", ya cit., p. 68.

del tipo penal de lo ilícito de los delitos dolosos. Y lo mismo ocurriría en los delitos culposos: la infracción del deber de cuidado, referida especialmente a la previsibilidad del resultado, concierne al tipo de lo ilícito de estos delitos. El dolo y la culpa no se entienden ya como formas de culpabilidad, sino como formas de infringir una norma y, por consiguiente, como formas de ilicitud.

Ahora bien, la *ejecución* de la decisión presupone tomar la decisión (*motivación*) y esta "se apoya en representaciones valorativas"[33]. Dice WELZEL al respecto lo siguiente: "Yo obro porque considero valiosa la realización de lo que quiero. De esta manera alcanzamos el momento de la acción, que ya ha sido previamente (o por lo menos al mismo tiempo) decidido, o sea, la decisión (de valor) positiva en favor de la acción. Esta parte de la acción queremos designarla como la parte emocional de la acción, ya que se refiere a la decisión según el valor. En ella reside el objeto del reproche de culpabilidad. El momento de la culpabilidad se refiere a la decisión de la voluntad en favor del valor más bajo (disvalor) contra el valor más alto. O, dicho con un giro estrictamente jurídico: el reproche de culpabilidad se refiere a la decisión valorativa en favor de la acción ilícita ejecutada sobre la base de esta decisión"[34]. *De esta distinción entre el objeto de la norma (la acción como finalidad) y la motivación (fundamento de la culpabilidad) se extrae finalmente la pertenencia de la conciencia (potencial) de la antijuricidad a la culpabilidad.*

La anterior separación del dolo y la conciencia de la antijuricidad (*teoría de la culpabilidad*) resultaba sorprendente para quienes entendían, mayoritariamente en la literatura jurídico-penal alemana de la década

[33] WELZEL, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1975, p. 130.

[34] Ibídem.

de los cincuenta, que el dolo presuponía la capacidad de comprender la ilicitud y de dirigir la acción de acuerdo con esa comprensión (capacidad de culpabilidad) –*teoría del dolo*–, pues ¿cómo podría actuar dolosamente un enfermo mental? Pero lo cierto es que si con aquella expresión (dolo) solo se hace referencia a la determinación del fin, a la elección de los medios adecuados para realizarlos y su utilización para alcanzar el fin propuesto, "también el enfermo mental puede ejecutar acciones dolosas absolutamente perfectas"[35].

En verdad, como lo ha puesto de manifiesto BACIGALUPO, "si WELZEL hubiera aceptado la teoría de la norma de la teoría causal de acción, su construcción estaría terminada aquí. Pero WELZEL había partido de la teoría de los imperativos, y esta teoría exige resolver el problema del efecto obligante de la norma"[36]. En efecto, si se hubiera aceptado la teoría de la norma de los causalistas simplemente se hubiera requerido un cambio del objeto de la norma objetiva de valoración. Pero la teoría de la norma de los finalistas reclamaba que la norma tuviera un efecto obligante personal (deber personal), es decir, no era suficiente con el deber impersonal de la norma objetiva de valoración. La cuestión que se planteaba entonces era la siguiente: ¿a quién obliga la norma?

La respuesta a la anterior pregunta exigía un replanteamiento del problema del destinatario de la norma. En la teoría de los imperativos, según la opinión dominante, el efecto obligante de la norma provenía de la capacidad de comprender (imputabilidad o capacidad de culpabilidad) y del conocimiento de la norma (conciencia de la antijuricidad). Pero, bajo estas condiciones, la distinción entre antijuricidad y culpabilidad no era factible[37].

35 WELZEL, ob. cit., p. 131.
36 Ob. cit., p. 70.
37 Cfr. KOHLRAUSCH, *Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht*, cit., p. 45.

Pues bien, para superar este problema y posibilitar así la distinción entre y una otra categoría, KAUFMANN propone reconsiderar las soluciones clásicas sobre el problema del destinatario de la norma. Para ello, distinguió entre la cuestión del *destinatario* y la *concreción* en deber: "todos son destinatarios de todas las normas"; "como forma de pensamiento, la norma es abstracta, no está vinculada a personas individuales ni a actos concretos"[38]; pero "deber jurídico" y "obligación" solo significan "que una persona o algo equivalente en este sentido a una persona (persona jurídica) es elemento de una relación distributiva, de tal manera que el obligado dentro de esta relación tiene que realizar una prestación, es decir, que la distribución dispone que bienes referidos a él pasen (en parte) a otro miembro"[39].

Sobre la base de la distinción anterior (destinatario y concreción en deber), KAUFMANN entiende que si se trata de una norma general, que no requiere para su infracción una calificación jurídica especial por parte del autor (delitos especiales), la norma se concretará en deber "solo en relación a un capaz de acción"[40]. Ahora bien, esta capacidad de acción a la que se refiere KAUFMANN no es la misma que exigía BINDING; para este autor, como se recordará, la capacidad de acción implicaba un conocimiento por el autor del deber. Por el contrario, KAUFMANN entiende que capaz de acción "solo es aquel que, bajo circunstancias concretas y en un determinado momento, puede ejecutar una acción determinada"[41]. Y esta capacidad no se deriva del co-

[38] KAUFMANN, Armin, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, ya cit., p. 125; cfr., en este mismo sentido, JAKOBS, *Studien zum fahlässigen Erfolgsdelik*, 1972, p. 8, quien sostiene que la norma debe entenderse como afirmación objetiva de corrección o falsedad en un comportamiento, y que "la norma jurídica carece de destinatario de la misma manera que cualquier otra afirmación de corrección".

[39] KAUFMANN, Armin, op. cit., p. 128.

[40] Ob. cit., p. 139.

[41] Ibídem.

nocimiento del deber (o de la posibilidad de conocerlo), sino de la capacidad del autor para proponerse un fin, elegir los medios para alcanzarlo y ejecutar los actos que conducen al mismo.

BACIGALUPO criticó esta solución de KAUFMANN desde dos perspectivas diferentes. Según BACIGALUPO, "si se le reconoce a la norma el carácter de un imperativo no es un buen método redefinir íntegramente los conceptos de los que se derivan de esta concepción de la norma para convertirla en un juicio de valor o en una norma de decisión sin destinatario y que obliga a sujetos que no pueden comprenderla. La lógica interna de la teoría de los imperativos no permite estas redefiniciones, sin que ello implique un cambio de paradigma teórico"[42]. En verdad, la redefinición del problema del destinatario llevada a cabo por KAUFMANN suponía en realidad una redefinición de la norma misma en el sentido de la teoría de la "doble función" (norma objetiva de valoración y norma subjetiva de motivación); luego, la nueva solución de KAUFMANN resultaba inútil.

Además de la anterior crítica (extrasistemática), BACIGALUPO formula otra crítica de carácter intrasistemático a la solución de KAUFMANN. Según este último autor, las causas de justificación impiden que la norma se concrete en deber[43], existiendo una primacía lógica de la infracción de la norma sobre la cuestión de la autorización. "Solo un acto defensivo que haya cumplido los elementos de la materia de la prohibición es objeto de justificación. Ya de aquí se deduce que la falta de justificación no puede ser presupuesto de la adecuación típica (*Tatbestandsmässigkeit*)"[44]. Es decir, se afirma una prioridad lógica de la realización del tipo sobre la cuestión de la antijuricidad, lo que quiere decir

[42] BACIGALUPO, ob. cit., ps. 71 y 72.
[43] Ob. cit., p. 250.
[44] Ob. cit., p. 255.

que "sin lesión de una norma no cabe hablar de la justificación" y que "la teoría de los elementos negativos del tipo (MERKEL, FRANK) es falsa por su deficiente base teórico-normativa"[45]. Pero, ¿cómo es posible que se infrinja una norma que no se concreta en deber? A juicio de BACIGALUPO: "O bien la norma puede lesionarse sin concretarse en deber, en cuyo caso no se diferencia en nada de un mero juicio de valor y su objeto no tiene que limitarse necesariamente a una acción (con lo que caería uno de los argumentos más fuertes del finalismo contra el causalismo), o bien la norma solo se lesiona si se concreta en deber, y entonces la definición de la función de las permisiones de KAUFMANN es falsa, o sea, la no justificación es presupuesto de la lesión de la norma (o dicho en el lenguaje de la dogmática penal: los argumentos de KAUFMANN contra la teoría de los elementos negativos del tipo no sería decisiva). Si se tiene en cuenta que uno de los principales objetivos de KAUFMANN es dar una base técnico-normativa a la llamada 'teoría de la culpabilidad en materia de conciencia de la antijuricidad', se comprenderá que el peso de esta crítica es decisivo"[46].

§ 9. CONSIDERACIONES FINALES

Hace ya tiempo que la discusión entre causalismo y finalismo perdió interés, y hoy se puede afirmar que las deducciones dogmáticas de WELZEL han acabado imponiéndose ampliamente, aunque no, en cambio, sus fundamentos filosóficos y metodológicos. Como es sabido, el interés metodológico de WELZEL por sustraer de la ciencia del derecho penal al normativismo y por construir la dogmática penal a partir de los fenómenos

[45] BACIGALUPO, ob. cit., p. 72.
[46] Ob. cit., ps. 72 y 73.

y de las estructuras de la realidad anteriores a los preceptos jurídicos, no se ha visto realizado, pues metodológicamente domina hoy un punto de partida normativista.

En cuanto a la función dogmática que quepa atribuírsele hoy al concepto de norma, es muy probable que sea, como dice BACIGALUPO, meramente secundaria, pues "la estructura del sistema dogmático actual parece no depender del concepto de norma al que hace referencia"[47]. El punto de partida –añade– está en la distinción entre ilícito y culpabilidad, distinción que proviene de la diferente legitimación de las consecuencias jurídicas del derecho penal actual (penas y medidas de seguridad; arts. 5º y 6º del Código Penal español de 1995), y en la determinación de los elementos que deben integrarse en uno y otro ámbito de la estructura del delito, y se discute "si la distinción entre acción (final) y motivación es adecuada al concepto *personal* de lo ilícito y si un concepto de esta naturaleza no debería incluir ya entre los elementos de lo ilícito la conciencia de la antijuricidad" y "si el disvalor del resultado debe tenerse en cuenta para la gravedad de lo ilícito"[48]; pero "la solución de estos problemas no depende del concepto de norma y pueden resolverse en cualquiera de los sentidos posibles sin necesidad de recurrir a un concepto de norma. En verdad, todas estas decisiones son previas al concepto de norma"[49].

A mi juicio, lo ilícito no se puede limitar al disvalor de resultado, porque ello supondría una extensión desmesurada del tipo penal y una desnaturalización del concepto de ilícito, aparte de que no quedaría reflejado el hecho de que las normas son prescripciones de comportamiento, cuya transgresión debe requerir un disvalor de la conducta. De otro lado, hay otro argumento

[47] Ob. cit., p. 73.
[48] Ibídem.
[49] Ibídem.

básico, perfectamente conocido: si en la tentativa el dolo pertenece al tipo de lo ilícito, como se reconocía en el marco teórico del causalismo, en la consumación no puede ser de otra manera. Lo ilícito solo queda completamente fundamentado si se dan tanto el *disvalor de resultado* como el *disvalor de acción*, lo que supone un *equilibrio* entre los elementos objetivos y los subjetivos. El disvalor de resultado (lesión del bien jurídico) lo expresa el tipo objetivo, y el disvalor de acción (dolo o culpa) el tipo subjetivo. Concurriendo ambos, la tipicidad estará perfecta y se podrá afirmar que el autor ha infringido una norma.

Un sector doctrinal, que incluye también en el tipo penal elementos objetivos y subjetivos, lo hace sobre la base de una pretendida función de motivación del tipo; solo así –se dice– podrá conocer el destinatario de la norma el comportamiento prohibido y se podrá abstener de realizarlo[50]: "La problemática de qué es lo que pertenece al tipo es la problemática de cuál es la conducta que el legislador quiere evitar. Con ello la ley penal no hace sino acudir a un mecanismo fundamental para toda la vida social y que también utiliza, por ejemplo, el educador: amenaza con un mal (con el castigo) las conductas que pretende evitar, a fin de que, por miedo al castigo que seguiría a su acción, el educando se abstenga de cometerlas"[51]. Sobre la base de la admisión de esta función de motivación del tipo se justifica la identidad valorativa entre un comportamiento atípico, irrelevante, y un comportamiento permitido, porque en ambos casos se trata de comportamiento que la ley no quiere evitar, y esto mismo

[50] Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E., "El sistema del derecho penal en la actualidad", en *Estudios de derecho penal*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1990, ps. 162 y ss.; MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*, Bosch, 2ª ed., Barcelona, 1982, ps. 42 y siguientes.

[51] GIMBERNAT, ob. cit., p. 172.

ocurriría cuando el autor realiza un comportamiento prohibido creyendo –erróneamente– que concurren los presupuestos objetivos de una causa de justificación[52].

De acuerdo con el anterior punto de vista, ¡siempre que el derecho quiera actuar inhibitoriamente se debería afirmar la causa de justificación! De este modo, como dice BACIGALUPO, "las excusas absolutorias contenidas en el art. 564 del Código Penal español[53] (. . .), deberían considerarse como causas de justificación"[54], lo que presenta claras fricciones con el derecho positivo, pues dicho precepto dispone que la exclusión de la pena no se extiende a los extraños que participen en el delito"[55].

A mi juicio, se debe distinguir entre la *voluntad* y la *motivación*. La primera pertenece al tipo de lo ilícito, porque la acción solo puede entenderse como un suceso dirigido por el ser humano. La segunda, en cambio, pertenece más bien a la culpabilidad. Por ello, deben separarse el dolo y la conciencia de la antijuricidad y de los presupuestos de una causa de justificación (teoría estricta de la culpabilidad), porque dicha conciencia no agrega nada al poder del autor de hacer o no hacer algo, sino que solo es un buen motivo para que el autor respetuoso del derecho use ese poder, y será en la culpabilidad donde adquiera relevancia la posibilidad de dicho conocimiento.

Pero la realización del tipo penal es aún insuficiente para afirmar la ilicitud del hecho. Se requiere, además, que no esté especialmente autorizada. Solo entonces el hecho típico será antijurídico y, consecuentemente, podrá hablarse de un ilícito penal. Mientras que la tipicidad expresa que el comportamiento reali-

[52] Cfr. GIMBERNAT, *Introducción a la Parte General del derecho penal español*, Universidad Complutense, Madrid, 1979, ps. 34 y 35.

[53] Hoy 268.1.

[54] BACIGALUPO, *Delito y punibilidad*, Civitas, Madrid, 1983, p. 97.

[55] Ibídem.

zado por el autor ha infringido una norma (que puede consistir en una prohibición o en un mandato), cuya consecuencia es precisamente el tipo penal (prohibitivo o imperativo, respectivamente), es decir, la tipicidad se establece en el plano estrictamente penal, la antijuricidad, en cambio, expresa que aunque alguien infringió una norma, no lesionó el orden jurídico, es decir, la antijuricidad supone un juicio a la vista del ordenamiento jurídico en general[56], aunque hoy existe una tendencia doctrinal que distingue entre causas generales de exclusión de lo ilícito y causas de exclusión de lo ilícito penal, es decir, causas de naturaleza genuinamente jurídico-penal, que pone de manifiesto la crisis del principio antes dominante de la unidad del ordenamiento jurídico[57]. Otra tendencia distingue entre autorizaciones de acción y autorizaciones de intervención[58], e incluso la circunstancia de compartir las causas excluyentes de la pena que han motivado la discusión en la doctrina la misma naturaleza jurídica, esto es, una reducción de la ilicitud, ha llevado a su inclusión en una categoría dogmática, la responsabilidad por el hecho, intermedia entre la antijuricidad y la culpabilidad[59].

56 Cfr. BACIGALUPO, *Lineamientos de la teoría del delito*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1986, p. 45; *Principios*, 4ª ed., ps. 251 y ss.

57 Cfr. GÜNTHER, Hans-Ludwig, *Strafrechtswiddrigkeit und Strafunrechtsausschluss* (*Antijuricidad penal y exclusión de lo ilícito*), 1983.

58 Cfr. LENCKNER, en SCHÖNCKE y SCHRÖDER, *StGB*, 1997, parágrafos 32, 9 y siguientes.

59 Cfr., ampliamente, BACIGALUPO, en *GSf.* Armin KAUFMANN, ps. 459 y ss., y en *Principios*, ya cit., ps. 278 y siguientes. A favor de un concepto cuatripartito del delito, con cuatro categorías –tipicidad, antijuricidad, responsabilidad por el hecho y culpabilidad–, ver: LAURENZO COPELLO, P., *El aborto no punible*, Bosch, Barcelona, 1990, ps. 319 y ss.; JAÉN VALLEJO, M., *Libertad de expresión y delitos contra el honor*, Colex, Madrid, 1992, ps. 260 y ss.; PÉREZ DEL VALLE, C., *Conciencia y derecho penal*, Comares, Granada, 1994, ps. 284 y siguientes.

Capítulo III

POSITIVISMO Y RELATIVISMO EN LA DOGMÁTICA PENAL

§ 10. Conocimiento y valoración: su difícil distinción

En el contexto del derecho penal del Antiguo Régimen –brutal e irracional– no cabía consideración científica alguna del derecho penal[1]. Fue a partir de la Codificación cuando comenzaron a realizarse los estudios "sistemáticos" de la legislación penal, lo que hizo posible el nacimiento de la dogmática jurídico-penal, como especialidad de la ciencia penal, caracterizada por estudiar el delito y la pena desde el punto de vista jurídico-normativo[2]. En palabras de WELZEL, la dogmática es la explicación sistemática de los principios jurídicos que se encuentran en la base del orden jurídico o de alguna de sus partes. "Como ciencia sistemática (la ciencia del derecho penal) brinda el fundamento de una administración de justicia igualitaria y justa, dado que solo la comprensión de las conexiones internas del

[1] A la transformación y reforma de este derecho penal contribuyó de forma notable la obra de Cesare BONESANA, Marqués de Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, publicada en 1764.

[2] Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *Fundamentos de derecho penal*, 2ª ed., PG, Universidad de Granada, Granada, 1991, ps. 123 y siguientes.

derecho elevan la aplicación del mismo por encima de la casualidad y la arbitrariedad"[3].

Ahora bien, aunque la realización práctica de este punto de vista se vinculó con la deducción de toda sentencia de la ley en sentido formal y con la exclusión de las decisiones del intérprete en el proceso interpretativo, lo cierto es que "de un análisis del trabajo de los dogmáticos surge que el dogmático penal se encuentra ante la necesidad de decidir en favor de una u otra interpretación del derecho positivo penal, sin que pueda deducir su decisión de los textos legales"[4]. Piénsese, por ej., en la determinación de los criterios para decidir sobre quiénes son autores en sentido estricto y quiénes simples partícipes; o en la determinación del momento a partir del cual se puede entender que hay comienzo de ejecución; o en el concepto de unidad de acción en el concurso ideal de delitos. Y otros ejemplos se encuentran también en la parte especial: así, la fijación de los límites temporales mínimo y máximo de aplicación de los delitos de aborto; el concepto de patrimonio en el delito de estafa, etcétera. Estos ejemplos, entre otros muchos que se podrían añadir, contrastan con la idea ampliamente extendida de que "la teoría general del delito debe deducirse de la ley"[5] y que tiene su origen en VON LISZT.

Según VON LISZT, "si la ley penal es la única fuente del derecho penal, ello significa que cuestiones tales como *si* y *cómo* debe sancionarse, tienen que ser respondidas exclusivamente a partir de la ley"[6]. Este punto de vista, pues, se basa en la convicción de que la dogmática penal logra sus resultados independientemente

[3] WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 11.

[4] BACIGALUPO, *Delito y punibilidad*, p. 13.

[5] JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, 3ª ed., 1978, Berlin, p. 157 (*Tratado de derecho penal*, trad. y adiciones por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Bosch, vol. I, p. 265).

[6] *Reichsstrafrecht*, 1881, ps. 24 y 25.

de las decisiones personales del intérprete, y que su único punto de partida es la ley. Pero, en verdad, esta concepción no es sino una apariencia[7]. Como actualmente lo ha puesto de manifiesto BACIGALUPO, "la dogmática procura una aplicación altamente objetiva del derecho vigente. Sin embargo, no puede lograr una objetividad total: *la exclusión absoluta de puntos de vista del intérprete no es posible*. Toda aplicación del derecho requiere fijar puntos de partida que condicionan el proceso interpretativo posterior. Ejemplo de ello es ya la primera cuestión que debe resolver un dogmático: ¿se debe investigar la voluntad del legislador o la 'voluntad' de la ley? ¿debe preferirse una interpretación amplia o restrictiva?"[8]. Este mismo autor, en su obra *Delito y punibilidad* se ha ocupado precisamente de la problemática acerca de cómo se construyen las cadenas argumentales de la dogmática penal, y sobre qué dicen los dogmas y cuáles son los dogmas de partida del razonamiento, esto es, de las cadenas argumentales de las fundamentaciones jurídico-penales. Y, como el mismo autor reconoce[9], esta tarea adquiere una especial complejidad, porque el derecho penal, a diferencia de lo que ocurre en otras ramas del ordenamiento jurídico (arts. 4.1 y 1º del Código Civil español) prohíbe recurrir a la analogía y al derecho consuetudinario por exigencia del principio de legalidad, con lo que sus puntos de partida son más estrechos que los de otras ramas del ordenamiento. El principio de legalidad, entendido hoy no como la "Carta Magna del delincuente",

[7] Así, KANTOROWICZ, en "Mon. f. Krim. Psychologie u. Strafrechtsreform", 4, 1907 1908, ps. 76 y siguientes.

[8] BACIGALUPO, *Principios de derecho penal*, PG, 2ª ed., Akal, Madrid, 1990, p. 45. Del mismo autor: "Sui dogmi della dogmatica penale", en *Dei delitti e delle pene*, nº 2/1983, ps. 245 y 268. Cfr. también, en el mismo sentido, LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1960, ps. 237 ss., y ADOMEIT, *Rechtstheorie für Studenten*, 2ª ed., 1981, p. 16.

[9] *Delito y punibilidad*, p. 18.

sino como la "Carta Magna del ciudadano"[10], exige que tanto el delito como la pena se establezcan en una *lex scripta*, luego se excluye la legitimidad de una decisión que se funde en el derecho consuetudinario o que no provenga de la ley escrita, *certa*, es decir, precisa, que sea interpretada como una *lex stricta*, cuyo significado se expresa a través de la prohibición de aplicar la ley penal a supuestos no previstos por ella (prohibición de aplicación analógica de la ley penal)[11], y *praevia*, es decir, anterior a la comisión del delito (prohibición de la retroactividad, excepto si se trata de una ley más favorable)[12].

Como recuerda BACIGALUPO, "para llevar a cabo el programa institucional del derecho penal, la ciencia dogmática partió de una rígida distinción entre valoración y conocimiento"[13]. La valoración quedaría reservada al Poder Legislativo y el conocimiento de las leyes al Poder Judicial, llegándose a reconocer en el fin perseguido por la norma jurídica "una cuestión solo relevante en el momento de la decisión legislativa, que, paralelamente, no debe incidir en la elaboración de los

[10] Cfr. NAUCKE, *Strafrecht, eine Einführung*, 1975, ps. 69 ss.; BACIGALUPO, "La garantía del principio de legalidad y la prohibición de la analogía en el derecho penal", en *Anuario de derechos humanos*, nº 2/1983, Universidad Complutense, Instituto de Derechos Humanos, ps. 11 y ss., y "Las bases institucionales de la política criminal española en los últimos años. El principio de legalidad como tarea inconclusa", *Revista del Foro Canario*, nº 87/1993 (enero-abril), ps. 11 y siguientes.

[11] Aunque tradicionalmente se ha tratado en estos términos la exigencia de *lex stricta*, lo cierto es que hoy la cuestión ya no se plantea así, porque hay cierto acuerdo en la doctrina en que no hay interpretación sin analogía y, desde luego, sin interpretación no se puede determinar el alcance de la ley; luego, es falso el aforismo *in claris non fit* interpretatio. Más bien se entiende actualmente que lo que prohíbe el principio de legalidad es generalizar la ley penal de una manera exagerada e inadmisible. Cfr., en este sentido, BACIGALUPO, "La garantía del principio de legalidad", cit., ps. 11 y ss., y HASSEMER, *Tatbestand und Typus*, 1968, ps. 66 y siguientes.

[12] Cfr., entre otras, SSTC 62/1982, 89/1983, 75/1984, 133/1987 y 127/1990.

[13] *Delito y punibilidad*, p. 18.

conceptos dogmáticos", que deben limitarse a ser "categorías formales"[14]. Pero la historia dogmática del siglo XX muestra una constante tendencia superadora del anterior punto de vista, como lo prueba, por ej., el método teleológico y la vieja distinción entre antijuricidad material y antijuricidad formal. Con esta última expresión (*formeller Rechtwidrigkeit*) se expresaba simplemente la infracción de una norma, mientras que con la primera (*materieller Rechtswidrigkeit*) se expresaba un concepto superior al anterior, que permitía distinguir en un caso la mayor o menor antijuricidad y constituía una fuente autónoma de causas de justificación, que permitía justificar alguna acciones (*justificación suprapositiva*)[15].

§ 11. EL MÉTODO DE VON LISZT

La irrupción de la filosofía positivista a finales del siglo XIX en la ciencia en general influyó en toda la evolución posterior de la ciencia penal, e incluso se puede afirmar que "la fisonomía conceptual de la dogmática penal actual no ha superado todavía su vinculación directa con el ideal científico del positivismo"[16]. El positivismo filosófico rechazaba como objeto de es-

[14] Ibídem.

[15] Cfr. HEINITZ, *Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit,* 1926.

[16] BACIGALUPO, ob. ci., p. 19. Probablemente, señala este mismo autor (en "La enseñanza del derecho en las universidades alemanas y la experiencia que de ellas se desprende en miras a una reforma de los estudios de derecho", *Cuadernos del Centro de Documentación Legislativa Universitaria*, Univ. Autónoma de México, nº 4/1980, p. 14) "el impacto de la codificación del derecho civil de Francia haya dado como resultado la convicción de que todo el derecho había quedado encerrado en el Código y –tal vez– por eso todavía no se ha superado la etapa exegética en el derecho francés. En cambio, en Alemania la no interrupción de la tradición del derecho natural del siglo XVIII permitió, a pesar de su superación, conservar en la tradición dogmática la idea del sistema como algo esencial para la ciencia del derecho".

tudio las cuestiones trascendentales y abstractas, centrándose en la contemplación y estudio de los hechos; el ideal científico del positivismo, pues, partía de la consideración de que solo merecían el calificativo de científicos aquellos estudios de la realidad que se llevaran a cabo operando a través de los métodos de las ciencias naturales. Para el positivismo solo hay "proposiciones empíricas", luego solo aquellos conceptos surgidos de la experiencia, sensiblemente perceptibles por los sentidos, podían considerarse como científicos. Este modelo científico impactó en la ciencia penal, originando dos corrientes científicas, de signo distinto, que intentaron defender su cientificidad de acuerdo con el ideal científico del positivismo: el *positivismo jurídico*, que es el que inspiró el sistema clásico de derecho penal diseñado básicamente por BELING y VON LISZT, y que se caracterizó por su reacción frente a la versión naturalista del derecho natural, llegando a identificar el derecho con el conjunto de leyes[17]; y el *positivismo criminológico*, que centró el estudio de la ciencia penal en las realidades naturales que acompañan al fenómeno del delito y determinó el nacimiento de la criminología.

El positivismo jurídico procedió en la ciencia del derecho de la misma manera que en las cencias naturales, considerando a su objeto como *cosas*. Para ello se dota a las elaboraciones dogmáticas jurídico-penales, realizadas sobre los textos legales, de un método propio, pero similar al utilizado en las ciencias de la naturaleza. Desde este punto de vista, "dogmas y textos

[17] La expresión más acabada del positivismo jurídico se halla en la *teoría pura del derecho de* Hans KELSEN, según la cual las normas sólo pueden ser reconducidas a otras normas, nunca a la realidad, y para evitar el regreso al infinito que este mecanismo supondría, KELSEN idea una "norma fundamental", sin contenido concreto, como piedra final del edificio normativo. Fuera de este esquema, la decisión sería metajurídica y, por tanto, metodológicamente ilegítima; de este modo, el jurista se convierte en mero técnico, que debe limitarse a subsumir.

legales del derecho positivo vigente debían ser conceptos idénticos. El texto legal del derecho positivo constituía la realidad de la que era posible inferir lógicamente conceptos, de la misma manera que la experiencia hubiera permitido hacerlo en las ciencias naturales"[18]. Un punto de inexcusable referencia, pues, del positivismo jurídico es el derecho positivo; a partir de él se inducen, mediante un proceso de abstracción, los conceptos y principios básicos que se ordenarán en un sistema.

Un ejemplo paradigmático de la adopción de este modelo metodológico lo brinda VON LISZT. El esquema del método propuesto por VON LISZT se concreta en los siguientes puntos:

a) el jurista del derecho penal debe *recopilar el material*, esto es, las normas jurídicas que componen su objeto de estudio; la circunstancia de que el derecho penal vigente haya sido fijado por el legislador lo convierte en "un hecho", luego el jurista podía equiparar su situación frente al objeto de su conocimiento con la del científico de las ciencias naturales[19];

b) una vez reunido el material, el jurista debe *deducir sus conceptos* de las normas del derecho penal, entendidas como un dogma, como un punto de partida de imprescindible consideración[20];

c) el último paso del método de la dogmática de VON LISZT es el de la *construcción de un sistema*, pues "solo el orden sistemático garantiza el dominio total de lo particular. El orden sistemático se eleva constantemente por el camino de la abstracción desde los conceptos más especiales a los más generales; a partir del hurto, del asesinato, del incendio, etc., se desarrolla el concepto de delito (. . .). La tarea de ordenación sis-

18 Ob. cit., ps. 19 y 20.

19 LISZT, Franz VON, *ZStW 6 (1886)*, ya cit. según *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, I, 1905, ps. 212 y ss. (citado por BACIGALUPO, *Delito y punibilidad*, ya cit., p. 20).

20 Ob. cit., p. 215.

temática no descansa hasta alcanzar los conceptos más altos y únicos de cada disciplina jurídica"[21]; la ciencia del derecho penal "no solo es una ciencia eminentemente sistemática; al mismo tiempo es una ciencia eminentemente práctica"[22], facilitándose así la necesaria seguridad en la aplicación de las normas.

Con posterioridad, el anterior método de VON LISZT fue reiterado en Italia, con pocas variaciones, por ROCCO[23]. Para este autor, según lo dicho en su famosa lección inaugural de la Universidad de Sassari (1910), la dogmática consiste en la exégesis y sistematización del derecho positivo; el objeto del derecho penal no podría ser sino el derecho positivo carente de toda contaminación antropológica, sociológica o política.

Desde luego, la influencia de este método ha sido extraordinaria. El propio WELZEL, en la última edición de su *Lehrbuch* (1969) decía que "la misión de la ciencia penal es desarrollar y explicar el contenido de estas reglas jurídicas en su conexión interna, es decir, sistemáticamente"[24] y, más recientemente, JESCHECK se expresa en términos similares: "El núcleo de la ciencia del derecho penal es la *dogmática jurídico-penal* (teoría del derecho penal), que, partiendo de la ley penal que constituye su fundamento y límite, elabora el contenido conceptual y la estructura de las proposiciones jurídicas; ordena el material jurídico en un sistema en el que también tienen cabida las sentencias de los Tribunales y las opiniones de la ciencia e intenta hallar nuevos caminos de elaboración conceptual y de sistemática"[25].

21 Ibídem.

22 Ob. cit., p. 217.

23 Cfr. *Opere Giuridiche*, III, Scritti Giuridici Vari, 1933, ps. 263 y siguientes.

24 *Derecho penal alemán*, PG, trad. por J. Bustos y S. Yañez, Jurídica de Chile, p. 11.

25 *Tratado de derecho penal*, PG, trad. y adiciones por S. Mir y F. Muñoz Conde, Bosch, 1981, p. 58.

§ 12. LA CRISIS DEL MÉTODO POSITIVISTA

En verdad, la imagen del comportamiento científico de los juristas del derecho penal que surge del esquema del método positivista de VON LISZT no puede ser compartida en la actualidad. La equiparación de los textos legales con las cosas, esto es, partir del derecho positivo como un dogma, presupone la necesidad de conocerlo sin la interferencia de ninguna pre-noción o presupuesto ideológico, lo que es prácticamente imposible[26]. En realidad, toda interpretación que supere el plano de la interpretación gramatical[27], poco útil por lo general dada la ambigüedad del lenguaje ordinario utilizado por el legislador, supera ya el marco del derecho positivo[28].

Puede afirmarse, pues, que las cadenas argumentales que culminan en la aplicación de una ley a un hecho determinado no comienzan en la ley positiva, sino en una serie de axiomas en los que la ley positiva encuentra su fundamento. Así, por ej., se entiende mayoritariamente que el art. 8º, nº 7 del Código Penal español (20.5º del nuevo Código Penal) hace referencia a dos modalidades distintas del estado de necesidad: el estado de necesidad justificante y el estado de necesidad disculpante; sin embargo, esta distinción no se deduce de la letra de la ley, sino de la consideración *pre-legal* de que la ley debe haber partido de considerar

26 En este sentido, BACIGALUPO, ob. cit., p. 24.

27 La interpretación de una ley puede resultar más o menos difícil, pero siempre se debe hacer; luego, es falso el aforismo *in claris non fit interpretatio*; cfr., en este sentido, BACIGALUPO, "La garantía del principio de legalidad y la prohibición de la analogía en el derecho penal", ya cit., ps. 11 y ss., y ZUGALDÍA, *Fundamentos*, ya cit., p. 192.

28 Cfr. KAUFMANN, Armin, "Problemas del conocimiento jurídico ejemplificado en el derecho penal", trad. de E. BACIGALUPO, *Nuevo pensamiento penal*, Depalma, Buenos Aires, nº 2/1972 (mayo-agosto), ps. 205 y siguientes.

lícito sacrificar un bien jurídico de poca importancia para salvar otro de más valor (principio de interés preponderante) y solamente disculpado, aunque ilícito, el hecho de sacrificar un bien jurídico para salvar otro de igual valor. Otro ejemplo: un mismo Código Penal, como el español, ha sido y es interpretado a partir del modelo de la teoría causal de lo ilícito y, al mismo tiempo, a partir del modelo opuesto que representa la teoría de lo ilícito personal. Esta situación pone de manifiesto que la labor dogmática requiere decisiones del intérprete previas al texto legal. El único límite que existe con relación a estas decisiones valorativas del intérprete es que "el texto del derecho positivo pueda presentarse como *deducible* del fundamento elegido"[29]. Por ello, la primera fase del método no sería la reunión de las normas jurídicas que componen el objeto de la dogmática penal, "sino la selección de los principios de los que se entiende deducible el derecho vigente"[30].

Por consiguiente, como se dijo, la labor dogmática requiere *decisiones* y *toma de posiciones del intérprete* que no tienen cabida dentro del marco teórico del positivismo. Como recuerda BACIGALUPO, "en 1919 Max WEBER demostraba que un conocimiento científico carente absolutamente de presupuestos no existe en *ninguna* ciencia: todo conocimiento científico presupone por lo menos la lógica y el método"[31].

En definitiva, se puede afirmar hoy *la crisis del método positivista* de la dogmática, y, al mismo tiempo, el auge del llamado *relativismo metodológico*, que, en

29 BACIGALUPO, ob. cit., p. 25.

30 Ibídem.

31 "La ciencia del derecho penal entre el ideal científico de las ciencias naturales y el de las ciencias del espíritu", en *Criminología y derecho penal al servicio de la persona*, libro homenaje al Prof. Antonio Beristain, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1989, p. 462.

realidad, de una u otra forma ha dominado el desarrollo de la dogmática desde el comienzo, y que encontró sus más significativos representantes en MAYER y RADBRUCH. Según RADBRUCH, el método es relativista "porque tiene por función la de establecer la corrección de los juicios de valor solo en relación a un determinado juicio de valor superior, únicamente dentro del marco de una determinada concepción del valor y del mundo, pero no pretende fundamentar la corrección ni de esta concepción del valor ni del mundo"[32].

Un punto de vista muy próximo al anterior es el defendido por POPPER. Para este autor el conocimiento científico no es un conocimiento cierto, está siempre abierto a revisión; por ello, el trabajo de todo científico, ya sea teórico o experimental, consiste en proponer teorías y escogerlas teniendo en cuenta los resultados obtenidos por cada una de ellas en su contraste y crítica, con el objeto de comprobar su "resistencia a ella"[33]. Desde esta óptica, la investigación tiene por modelo la concepción socrática según la cual nunca es posible saber si nuestras teorías son verdaderas para siempre; solo nos es posible verificar críticamente si son falsas.

§ 13. EL RELATIVISMO METODOLÓGICO

Pues bien, del hecho de que el relativismo metodológico domine en la dogmática jurídico-penal se deriva una primera consecuencia muy importante: que los *verdaderos dogmas de la dogmática jurídico-penal son también decisiones hechas por el intérprete*, que

[32] RECHTSPHILOSOPHIE, 6ª ed., 1963, p. 102 (cit. por BACIGALUPO, en *Delito y punibilidad*, p. 29).

[33] Esto es lo que POPPER llama el *criterio de la cientificidad* y designa como "criticabilidad", "crítica racional" o racionalismo crítico; cfr. POPPER, *Auf der Suche nach einer besseren Welt*, 1984, p. 67; también, del mismo autor, *Logik der Forschung*, 6ª ed., 1976, ps. 24 y siguientes.

inician la cadena argumental que culmina en la resolución de un caso, y que las mismas carecen de la posibilidad de ser fundamentadas científicamente[34]; luego, se puede afirmar que los dogmas de la dogmática "trascienden" a la ley penal[35]. Por ejemplo, la opción en favor de un sistema causalista o de un sistema finalista es libre, y depende, básicamente, de la concepción de lo ilícito, no determinada en la ley, de la que parte el intérprete. Ya a principios de este siglo KANTOROWICZ sostenía que "para obtener un sistema, además de la ley, es preciso recurrir a otras fuentes subsidiarias del derecho, en parte válidas solo subjetivamente y seleccionadas según puntos de vista valorativos"[36].

Ahora bien, para que la situación anterior no resulte insoportable para una ciencia, la dogmática jurídico-penal, que debe pretender siempre la aplicación del derecho por encima de la arbitrariedad, resulta absolutamente necesario someter aquellas decisiones a la *crítica racional*. Si se parte, dice ALBERT, de que "el conocimiento es una parte de la praxis humana, dejará de tener sentido distinguir entre razón teórica y práctica lo mismo que construir una oposición entre conocimiento y decisión, tal como parecería plausible a partir de una teoría del conocimiento que concibe a este como revelación de la razón o de los sentidos, es decir, como resultado de la contemplación. En la teoría del conocimiento y en la teoría de la ciencia, en tanto esta tiene carácter metodológico, se trata de lograr la racionalidad de las decisiones, y de esta forma, de la praxis humana

34 BACIGALUPO, *Delito y punibilidad*, p. 30.

35 Así, ZUGALDÍA, *Fundamentos*, ya cit., p. 128; por ello, con acierto señala este autor que la determinación del exacto y concreto alcance de la ley no depende tanto del lenguaje utilizado en la misma, como de una "decisión" personal del intérprete, luego extralegal (ibídem).

36 KANTOROWICZ, *Tat un Schuld*, 1933, p. 27 (cit. por BACIGALUPO, en *Delito y punibilidad*, p. 30).

en un determinado ámbito de la vida social, haciendo posible en dicho ámbito una crítica relevante"[37].

Visto que las decisiones que constituyen el punto de partida o fundamento de las cadenas argumentales de la dogmática penal están sometidas a la crítica, se presenta aún otro problema: *¿cuáles son los criterios para decidir entre diversos fundamentos posibles?* En verdad, no es fácil de contestar esta pregunta, pues "sobre los criterios para decidir en favor de una u otra de las teorías que pueden elaborarse sobre distintos axiomas no existe en la actualidad la menor claridad"[38].

Ahora bien, en la actualidad se abre paso el criterio que considera que la racionalidad de una decisión depende de su "capacidad para lograr el consenso científico tras una discusión libre"[39]. Y el logro de este consenso se vincula a los resultados a que cada axioma conduce en la aplicación del derecho. Este punto de vista preside hoy, por ej., la discusión con relación al problema de diferenciar entre las causas de justificación, que convierten el hecho prohibido en excepcionalmente autorizado, y las causas de exculpación, que permiten que el ilícito no se sancione en atención a razones relacionadas con el autor. Pues bien, la consideración de que la persona que actúa con error inevitable de prohibición lo hace ilícitamente pero sin culpabilidad, por entenderse que para obrar lícitamente no basta con creer que se actúa lícitamente, ha logrado

37 ALBERT, Hans, *Traktat über Kritische Vernunft*, 3ª ed., 1975, p. 54. Una metodología de la comprobación crítica, dice ALBERT (ob. cit., p. 52), es una "búsqueda de concepciones alternativas", que necesariamente se apoyará en la construcción y utilización de otros y nuevos marcos de referencia que permitan a su vez nuevas soluciones del problema.

38 BACIGALUPO, op. cit., p. 33.

39 Cfr. ESER, Josef, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*, 2ª ed., 1972; HORN, Norbert, *Rechtstheorie*, 1976, ps. 145 y siguientes. En el derecho penal fue propuesto ya por GRÜNHUT, en *Festgabe für Frank*, 1930, I, p. 13; sobre cómo podría llevárselo a la práctica, cfr. ROXIN, en *Fest. für Bruns*, 1978, ps. 183 y siguientes.

imponerse en la doctrina mayoritaria, pues solo así se logran los siguientes efectos: que frente a quien actúe con error de prohibición quepa la legítima defensa, que exige una agresión ilegítima; que el error de prohibición del autor no beneficie a quienes intervienen con él en la realización del hecho, y que quien actúe con error de prohibición inevitable, aunque no vaya a sufrir pena alguna, sí sea responsable civil.

§ 14. RESUMEN

En resumen, los dogmas de la dogmática penal son decisiones, sujetos a la crítica, y la dogmática debe permitir *racionalizar* la aplicación de la ley penal por los jueces y órganos jurisdiccionales. Una vez más hay que recordar las palabras de GIMBERNAT al respecto, cuando dice que la dogmática "hace posible, por consiguiente, al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del derecho penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación. Cuanto menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución"[40].

[40] GIMBERNAT ORDEIG, E., "¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?", en *Estudios de derecho penal*, 3ª ed., Tecnos, 1990, p. 158.

Capítulo IV

CONOCIMIENTOS SOCIALES SOBRE EL DELITO Y DOGMÁTICA PENAL

§ 15. La criminología como ciencia causal-explicativa

La irrupción de la filosofía positivista a finales del siglo XIX supuso un verdadero impacto en la ciencia del derecho penal, originando dos corrientes científicas que intentaron defender su cientificidad desde puntos de vista diferentes, aunque siempre de acuerdo con el ideal científico del positivismo. La primera lo hizo proponiendo en el ámbito de la dogmática un método propio pero similar al de las ciencias naturales[1]. La segunda, que llegó a cuestionar la cientificidad de la dogmática jurídico-penal, por entender que esta se desenvolvía en un ámbito ajeno al de las realidades naturalísticas, esto es, en el mundo de los valores y no en el de los hechos, originó el nacimiento de otras investigaciones (las empírico-sociales), centradas en los aspectos antropológicos y sociológicos del delito, entendido este como una realidad natural previa a la norma que lo establece. Como consecuencia del desarrollo de estos conocimientos empíricos sobre la criminalidad, la

[1] Así, el método de la dogmática propuesto en 1881 por Franz von Liszt.

dogmática penal sufrió una fuerte conmoción, porque "a partir del momento en que el delito puede explicarse científicamente como hecho social surge el problema de las relaciones de esta explicación con las concepciones clásicas que solo lo entendían como un hecho jurídico"[2]. En verdad, si todo suceso tiene una causa y esta puede ser conocida, el fenómeno social de la delincuencia podía ser calculable[3]. Y como solo las explicaciones causales eran las únicas que merecían el rótulo de científicas, la única ciencia posible dentro del marco del positivismo, fuera de la lógica y de la matemática, era una ciencia como la sociología o la antropología criminales. La dogmática no podía ser considerada como una ciencia, dentro de este marco teórico, porque las normas penales ni eran formas lógicas, ni conocimientos matemáticos, ni hechos perceptibles por los sentidos.

El denominador común de aquellas investigaciones era su preocupación por la etiología del delito. De este modo nació la criminología, como ciencia causal-explicativa, que tenía por objeto el estudio de las causas individuales y sociales que producían el fenómeno del delito[4]. La creencia en la posibilidad empírica de explicar las causas del delito, bien por la configuración

[2] BACIGALUPO, Enrique, "Relaciones entre la dogmática penal y la criminología", en *Derecho penal y ciencias sociales*, edición de S. Mir, Universidad Autónoma de Barcelona, 1982, p. 53.

[3] Cfr. FERRI, *Soziologia criminale*, 3ª ed., 1892, ps. 366 y ss.; GARÓFALO, *Criminología* (en español por P. Dorado Montero), 1922, p. 125; LISZT, Franz v., *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, II, 1905, ps. 84 y 284, en donde afirma que "conocimiento científico es conocimiento causal".

[4] Algunos de los principales representantes de esta corriente (positivismo criminológico) fueron los italianos FERRI (1856-1929, una de sus obras fue La *sociología criminal*), LOMBROSO (1836-1909, *Biología criminal*) y GARÓFALO (1851-1934, *Antropología criminal*). Cuentan que en 1870, en la cárcel de Pavía (Lombardía), un profesor de medicina legal, Cesare LOMBROSO, practicaba la autopsia del bandido calabrés Vilella, cuando descubrió una depresión en la cresta occipital, que de inmediato le iluminó la famosa teoría del delincuente nato, que fue el título de su obra publicada en 1876.

antropológica o biológica del autor, bien por el medio social en que vivía supuso una amplia reforma del derecho penal, apoyado hasta entonces en la idea de la libertad de voluntad (indeterminismo). Decía VON LISZT: "el que quiera combatir el delito tiene que conocerlo (. . .) conocer el delito significa conocer al delincuente" y "precisamente porque el delito es el producto necesario de situaciones dadas, es posible combatirlo actuando sobre estas situaciones"[5]. Por ello, la pena no debía dirigirse ya a reprimir justamente un *hecho*, sino a impedir que su *autor* reincidiera en el delito; desde esta perspectiva, "el derecho penal podía aprovechar los resultados de las investigaciones criminológicas para, mediante sus instrumentos (la pena y las medidas), remover las causas que habían llevado al delincuente al delito, es decir, obrando sobre su peculiar personalidad para que no reincidiera"[6].

Era evidente, pues, la coincidencia del interés del derecho penal, orientado ahora hacia una teoría preventivo-especial de la pena, que requería un pronóstico sobre la conducta futura del autor, y el de la *criminología*, preocupada por encontrar una explicación causal de los comportamientos delictivos y, por consiguiente, de las causas que debían removerse para cumplir con la idea de la prevención especial. Ahora bien, aunque el objetivo principal de la nueva concepción era la "transformación de la legislación penal" (*die Umgestaltung der Strafgesetzgebung*), lo cierto es que el derecho penal vigente podía entenderse tanto a partir del indeterminismo como del determinismo propio de los positivistas, porque "toda tarea dogmática requiere axiomas previos a la labor propiamente dogmática y

[5] VON LISZT, ob. cit., p. 3.

[6] BACIGALUPO, *Principios de derecho penal*, 2ª ed., PG, Akal, Madrid, 1990, ps. 46 y 47.

el determinismo, lo mismo que el indeterminismo, tiene precisamente ese carácter"[7].

§ 16. LA CIENCIA TOTAL DEL DERECHO PENAL ("GESAMTE STRAFRECHTSWISSENCHAFT")

Hubo entonces dos líneas de argumentación para explicar las relaciones entre la dogmática penal y la criminología. Una primera línea argumental corresponde a VON LISZT[8], quien propugnó la llamada *gesamte Strafrechtswissenschaft* (ciencia total del derecho penal), que mantuvo la tradicional separación entre la explicación empírica (criminología) y jurídica (derecho penal) del delito. Mientras que "la tarea de la jurisprudencia teórica se agota en la conexión lógica de los conceptos", "la sociología criminal es la investigación científica del delito", como un fenómeno sensitivo, en sus causas y en sus efectos[9]. Y añadía VON LISZT que mientras que para la ciencia del derecho penal "las normas jurídicas son su objeto y la lógica su método", la sociología criminal "no conoce otro método que el común a todas las demás ciencias verdaderas: la observación objetiva y metódica de hechos dados"[10].

No se trataba, por tanto, de una integración o unificación metodológica bajo los principios de las ciencias causal-explicativas del delito, como lo postuló Ferri[11], "sino de una simple reunión funcional vinculada con el *rol* social asignado al jurista del derecho penal"[12]. Luego, la integración de los conocimientos empíricos y jurídicos en la *gesamte Strafrechtswissenchaft* pro-

[7] BACIGALUPO "Dogmática penal y criminología", ya cit., p. 55.
[8] VON LISZT, ob. cit., p. 78.
[9] Ibídem.
[10] Ibídem.
[11] Cfr. FERRI, *Principii di diritto criminale*, 1928, ps. 73 y siguientes.
[12] BACIGALUPO, *Principios*, p. 47.

puesta por VON LISZT era consecuencia de una modificación de la función del jurista del derecho penal en la sociedad. Su tarea no quedaba agotada en la dogmática clásica, en el sentido de la elaboración sistemática de los conceptos, sino que debía de asumir también el papel de promotor y proyectista de la reforma penal. VON LISZT, en su Programa de política criminal de Marburgo, en 1882, destacó, frente a las teorías absolutas entonces dominantes, la necesidad de una política criminal adecuada a los fines sociales. Poco después, en los *Kriminalpolitischen Aufsätze* (*Ensayos de política criminal*) de los años 1889 a 1892 se desarrolla dicho Programa, considerando los resultados de la antropología y sociología criminales. Las nuevas ideas de VON LISZT logran una amplia difusión al publicarse en 1881 su *Lehrbuch*, y aparecer, ese mismo año, la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenchaft* (*ZStW*); difusión que alcanza un carácter internacional con ocasión de la fundación de la *Internationale Kriminalistische Vereinigung* (*IKV*) –Unión Internacional de Derecho Criminal– en 1889. Según el Programa de la *IKV*, tanto el delito como los medios de lucha contra él deben ser considerados no solo desde el punto de vista jurídico, sino también desde el punto de vista antropológico y sociológico, proponiéndose como tarea la investigación científica del delito, en el sentido de investigar sus causas y medios para combatirlo. De todos modos, en 1893, al referirse VON LISZT a dicho Programa, advertía que la ciencia jurídica, con esta nueva perspectiva, no sufría ninguna transformación, pues seguiría siendo una ciencia de normas y conservaría su método lógico[13]. Poco más tarde, al pronunciar su lección inaugural en Berlín (27/10/1899) reiteró que "la ciencia del derecho penal, en primer lugar –y en esto somos íntegramente de la misma opinión que la escuela clásica–, tiene que transmitir a los jóvenes ávidos de aprender

[13] Ob. cit., p. 77.

el cúmulo de normas jurídicas según el método lógico-jurídico"[14].

La justificación de esta llamada ciencia total está en que el jurista del derecho penal no puede cumplir su función sin recurrir a otros conocimientos. Además de conocer las normas, el jurista del derecho penal debe conocer los fenómenos que constituyen su propio objeto: el delito y la pena. Tal conocimiento es el conocimiento del fenómeno en sus "causas determinantes", esto es, de los hechos relevantes para la aplicación de las normas, lo que requiere conocimientos y experiencias criminalísticas[15]. Y la ciencia del derecho penal tiene también la tarea de ser "la orientadora del legislador, su consejera cuidadosa y conductora en la lucha contra el delito"[16]. Se trata, pues, de una simple "reunión funcional" vinculada con el *rol* social asignado al jurista del derecho penal como "político-criminal", y aunque la dogmática penal sufrió importantes transformaciones, estas no fueron producto de las investigaciones criminológicas, sino más bien consecuencia "de un punto de partida determinista y del desplazamiento del centro de gravedad desde el hecho al autor por imperio de la fundamentación preventivo especial de la pena"[17]; pero ni el dogma determinista ni la fundamentación de la pena desde el punto de vista preventivo especial "pueden considerarse conceptos criminológicos en el sentido de VON LISZT y de la criminología positivista de esa época"[18]. Algunas de aquellas transformaciones fueron las siguientes:

a) el abandono de la teoría de los imperativos;

b) el acento del aspecto material de la antijuricidad, aunque subordinado a la antijuricidad formal[19];

[14] Ob. cit., p. 286.
[15] Ob. cit., ps. 288 y 289.
[16] Ob. cit., p. 293.
[17] BACIGALUPO, *Dogmática penal y criminología*, p. 59.
[18] Ibídem.
[19] Cfr. HEINITZ, *Das problemen der materiellen Rechswidrigkeit*, 1926; VON LISZT, *Lehrbuch*, 23ª ed., ps. 139 y siguientes.

c) la concepción material de la culpabilidad como "la actitud asocial del autor expresada en el hecho cometido"[20]. Transformaciones que, en verdad, no eran esenciales con respecto a los conceptos fundamentales de la escuela clásica y que esta hubiera podido alcanzar por su propio desarrollo.

§ 17. LA PROPUESTA DE FERRI

Otra línea de argumentación para explicar las relaciones entre la dogmática penal y la criminología corresponde a FERRI y su *Sociologia criminale*. FERRI propuso una integración diferente[21]. Según este autor, "la antropología criminal y la estadística criminal, tanto como el derecho criminal y penal no son sino capítulos de una ciencia única que es el estudio del delito como fenómeno natural y social, y por lo tanto jurídico, y de los medios más eficaces para la defensa preventiva y represiva contra el mismo"[22]. Y agrega: "cuando se admite, como no puede ser de otra manera, que los fenómenos jurídicos no son sino fenómenos, porque derecho y sociedad son términos inseparables y equivalentes, se hace evidente de inmediato la artificialidad de aquella separación entre una ciencia que estudia el delito como fenómeno jurídico y otra que lo estudie como fenómeno social", y, por ello, "es absurda la pretensión de separar el estudio del aspecto natural y social del aspecto jurídico"[23]. Sobre esta base, FERRI entendió que el derecho penal se podía estudiar con el método inductivo, de observación de los hechos ("méto-

20 VON LISZT, ob. cit., p. 160; la expresión "asocial" se refiere tanto al dolo, entendido como intención antisocial dirigida contra las exigencias de la vida social común, como a la culpa, entendida como indiferencia frente a tales exigencias.

21 Cfr. FERRI, Enrico, *Sociologia criminale*, 3ª ed., 1892.

22 Ob. cit., p. 770.

23 Ob. cit., p. 771.

do científico"). Así lo sostuvo en sus *Principii di diritto criminale* (1928). Pero, como con acierto lo ha puesto de manifiesto BACIGALUPO, aquel autor utilizó falsamente la noción de método inductivo[24], chocando su propuesta de integración con la necesaria distinción entre el *ser* y el *deber ser*, así como con el punto de partida en la ciencia del derecho según el cual "las proposiciones del deber ser no pueden fundarse en comprobaciones de hechos, sino que deben deducirse de otras proposiciones de la misma especie"[25].

Las valoraciones que exige la dogmática podrán tener en cuenta las investigaciones de la criminología y de otras ciencias sociales, pero desde luego lo que es esencialmente valorativo, como es el caso de la dogmática, no se puede presentar como resultado de aquellas investigaciones. Del *ser* no se deriva el *deber-ser*[26]. Además, los resultados de las investigaciones criminológicas pueden dar lugar a distintas decisiones valorativas por parte del jurista, según los axiomas de los que parta. Con certeras palabras ha expresado BERISTAIN la necesidad de aquella distinción: "los penalistas, los magistrados deben acercarse a los criminólogos; pero no para cederles, ni por un momento, sus togas, su misión –difícil– de juzgar y valorar la culpabilidad

24 Cfr. *Principios*, p. 47, y *"Dogmática penal y criminología"*, p. 60.

25 RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 6ª ed., 1963, p. 97; cfr. KELSEN, *Hauptprobleme*, 1911, ps. 6 y siguientes.

26 BACIGALUPO, ob. cit., p. 62; cfr. también NAUCKE, "La filosofía social del derecho penal orientado a las ciencias sociales" trad. de Joan-Josep Queralt Jiménez, en *Derecho penal y ciencias sociales*, ed. de S. Mir Puig, ps. 73 y ss.; dice NAUCKE, describiendo críticamente la vinculación del derecho a los conocimientos empíricos, que "lo fáctico adquiere el carácter de algo valioso. La aceptación de hechos confiere sentido. La esperanza –que yo veo como el error– reside en que el conocimiento de lo real comportará automáticamente un actuar jurídico-penal correcto", de ahí que esta postura niegue el famoso "abismo entre ser y debe ser", por entender que la realidad "ya contiene en sí misma la estructura normativa", luego "la cognición de la realidad es al mismo tiempo cognición del deber ser" (p. 80).

y la responsabilidad de los hombres, sino únicamente para recibir de ellos el fruto maduro de las investigaciones psicológicas, económicas, sociológicas, etc., con las que enriquezcan su visión humana y científica de la vida y del hombre, de lo permitido y lo prohibido, de lo normal y de lo anormal"[27].

El fracaso del anterior modelo de integración de FERRI "tuvo por consecuencia que la criminología causal-explicativa, orientada por la idea de prevención especial, redujera los límites de su influencia, a los fijados por VON LISZT. La dogmática penal, por lo tanto, se ha desarrollado independientemente de la criminología positivista"[28]. LISZT negó la existencia del "delincuente nato" de LOMBROSO, y apenas citó a FERRI, llegando a afirmar que "en esos naturalistas radicales tenemos los más peligrosos adversarios"[29].

Como se dijo, VON LISZT propuso un modelo de integración de los conocimientos jurídicos y empíricos que no suponía una transformación del método (lógico) utilizado en la dogmática; para él, a diferencia de FERRI, la integración no podía ser entendida como una unificación metodológica, pues el método para construir la dogmática y el que se debe usar en la indagación de la criminología no pueden coincidir. Lo que VON LISZT quiso significar con su *gesamte Strafrechtswissenschaft* no era otra cosa que la apertura del derecho penal, que no podía quedar limitado a la dogmática, sino que debía comprender otros conocimientos de la realidad; VON LISZT aglutinó todos estos conocimientos en aquella ciencia total o general del derecho penal. A la ciencia del derecho penal le corresponderían, básicamente, los siguientes cometidos: la formación de los penalistas, tanto desde el punto de vista jurídico como

27 BERISTAIN, *Ciencia penal*, ps. 38 y 39.
28 BACIGALUPO, ob. cit., p. 63.
29 *"Die Zukunft des Strafrechts"*, en su recopilación *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, t. II, ps. 11 y 12.

criminológico; la explicación causal del delito, entendida como sociología, que se ocupa de las causas sociales que producen el fenómeno del delito, como antropología y psicología criminales, que se ocupan de las causas individuales; la explicación de la pena, a través de la penología, que se ocupa de estudiar los efectos preventivo generales de las penas, así como, desde un punto de vista de prevención especial, las consecuencias positivas y negativas que la pena tiene sobre el sometido a ella; y la elaboración de la política criminal, como sistema de principios, que debe facilitar la crítica y reforma de la legislación penal.

§ 18. LA CRIMINOLOGÍA CRÍTICA

Frente al modelo de la criminología clásica, preocupada por la etiología del delito, en la actualidad goza de un cierto auge otra dirección criminológica: la *criminología crítica* o moderna sociología criminal[30]. Esta nueva criminología se caracteriza por considerar que el delito no es una realidad natural previa a la norma que lo establece, sino el resultado de un proceso de criminalización que se lleva a cabo por los órganos e instancias del control social (legislador, policía, abogados, jueces, etc.) y a través del cual se "etiqueta" un comportamiento como delictivo y se "estigmatiza" a su autor como delincuente. En palabras de BARATTA, uno de los autores que más esfuerzos ha dedicado a esta materia, "las investigaciones realizadas dentro del marco del *labelling approach* han revelado que la desviación y la criminalidad no son entidades ontológicas preconstituidas, identificables por la acción de las distintas instancias del sistema penal, sino que son más

[30] Cfr., sobre las características de este nuevo modelo criminológico GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Manual de criminología. Introducción y teorías de la criminalidad*, Madrid, 1988, ps. 103 y siguientes.

bien una cualidad atribuida a determinados sujetos, por medio de mecanismos oficiales y no oficiales de definición y selección. En consecuencia, no es posible estudiar la criminalidad independientemente de esos procesos"[31].

Este nuevo modelo criminológico, pues, ya no se ocupa de la etiología del delito, sino que centra su atención en la "reacción social y jurídico-penal contra el hecho" (*den sozialen Reaktionsansatz*)[32]. El objeto primario de la investigación criminológica no es ya el comportamiento del autor, sino el comportamiento y funcionamiento de los órganos de control social, sometiendo a crítica los procesos de criminalización y sus resultados; por ello, más que teorías de la criminalidad son teorías de la criminalización[33], pues se adopta una postura combativa frente al fenómeno criminal para transformar, primero mediante la crítica, una realidad injusta e insatisfactoria de la que el derecho penal es cómplice.

Entre las diversas corrientes que han aparecido en el marco de esta posición, expresiones todas ellas del pensamiento criminológico contemporáneo, quizás sea la marxista la predominante[34]. Para los representantes de esta corriente, el derecho penal no es sino una supraestructura que tiene como misión garantizar las relaciones de producción de una infraestructura de la cual es reflejo; es un instrumento de la clase do-

[31] BARATTA, Alessandro, "Criminología y dogmática penal. Pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal", en *La reforma del derecho penal*, II, ed. de S. Mir, Bellaterra, 1981, p. 32.

[32] KAISER, *Kriminologie*, 5ª ed., 1981, p. 33; Sack, *Kriminalsozioloie*, ed. por SACK y R. KÖNIG, 1968, ps. 431 y siguientes.

[33] Cfr. BACIGALUPO, ob. cit., p. 66, con cita de NAUCKE, *Seminar Abweischendes Verhalten*, IV, ed. por Lüderssen y Sack, 1980, ps. 68 y siguientes.

[34] TAYLOR; WALTON, y YOUNG: *The New Criminology: For a Social Theory of Deviance*, London-Boston, 1973; *Critical Criminology*, London-Boston, 1975; *Criminología crítica*, México, 1977, y también en Siglo XXI Editores (1986), trad. de Álvaro Búnster.

minante para la defensa de sus intereses, pues son los poderosos quienes definen los delitos y deciden las penas, convirtiéndose de este modo el derecho penal en un mecanismo de perpetuación de desigualdades sociales. Coherentemente con estas afirmaciones, la abolición del derecho penal se convierte en el objetivo último de la criminología crítica[35], sustituyéndolo por una solución privada de los eventuales conflictos, basada en el principio del resarcimiento civil del daño, entre otros sistemas de control social. Como ha señalado KAISER, esta alternativa al sistema penal es incompatible con el grado de complejidad y desarrollo alcanzado en las sociedades modernas[36], o como ha dicho HASSEMER al tratar las consecuencias de la sustitución del derecho penal por otros sistemas de control social, "quien pretenda abolir el derecho penal, lo único que quiere es ahuyentar al diablo con Belcebú"[37].

Desde luego, es legítimo y hasta deseable pensar en un hipotético futuro, en el que habiendo desaparecido las desigualdades sociales que favorecen el delito, no sea ya necesario acudir a la amenaza de una pena para reforzar determinadas reglas sociales de conduc-

35 Cfr., en relación con las distintas *posturas abolicionistas*, FERRAJOLI, *El derecho penal mínimo*, trad. de R. Bergalli, en *Poder y control*, nº 0/1986, ps. 25 y ss.; LARRAURI, "Abolicionismo del derecho penal: las propuestas del movimiento abolicionista" en *Poder y control*, nº 3/1987, ps. 95 y ss., quien aclara, con acierto, que solo puede calificarse de verdadero abolicionismo aquel que, como la criminología crítica, aboga por la supresión del derecho penal, entendido como la potestad punitiva del Estado ejercida en el marco de un sistema normativo, y no meramente por la supresión de la cárcel; NAUCKE, *Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff*, 1985, p. 33; PAVARINI, "El sistema de derecho penal entre abolicionismo y reduccionismo", en *Poder y control*, nº 1, ps. 141 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, J. M., en *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, ps. 18 y ss.; ZAFFARONI, *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires, 1989, ps. 101 y siguientes.

36 KAISER, "Abolicionismus-Alternative zum Strafrecht?", en *Festschrift für K. Lackner zum 70*, 1987, p. 1.036.

37 HASSEMER, Winfried, *Fundamentos del derecho penal*, trad. y notas de F. Muñoz Conde y L. Arroyo Zapatero, Bosch, Barcelona, 1984, p. 400.

ta. Pero hoy es evidente que no se da esa ausencia de factores criminógenos, por lo que cabe llegar a la conclusión, con GIMBERNAT, de que "hay derecho penal para rato" y "que la pena es una amarga necesidad"[38]. Además, aunque se llegara a alcanzar aquella sociedad igualitaria, y con ello una reducción importante de delitos contra la propiedad y el patrimonio, aún seguirían produciéndose otros delitos que no tienen tanta relación con las desigualdades sociales como los anteriores, como es el caso de los delitos personales y otra criminalidad violenta. Entiendo, pues, que el derecho penal, en una u otra forma, seguirá existiendo. Ahora bien, como dice GIMBERNAT, "el que el derecho penal sea imprescindible no significa, por supuesto, que sea imprescindible en su forma actual"[39].

Con independencia de que se compartan o no los planteamientos políticos de la criminología crítica, así como sus finalidades, y de que estas se hayan calificado, no sin razón, de utópicas[40], lo cierto es que ha aportado un análisis realista a la cuestión criminal denunciando la desigual aplicación del derecho penal, al ser las clases sociales más deprimidas las que más lo sufren.

De todos es bien sabido que la población carcelaria se nutre principalmente de aquellas clases sociales cuyos integrantes están más expuestos que los pertenecientes a clases sociales acomodadas al riesgo de ser etiquetados como delincuentes por las instancias de con-

38 GIMBERNAT ORDEIG, E., "¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?", en *Estudios de derecho penal*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1990, p. 150.

39 Ibídem.

40 No le falta razón a GARCÍA-PABLOS DE MOLINA cuando exclama: "¡Claro que me complace la visión utópica de Radbruch, de una sociedad nueva que progresa no ya con un mejor derecho penal, sino con algo mejor que el derecho penal! Pero no veo tan próximo ese paraíso, ni tan neutros los sustitutivos que puedan reemplazar a aquel", en "Reflexiones sobre el actual saber jurídico-penal y criminológico", *RFDUC 63*, otoño 1981, p. 25.

trol social. Me parece correcta la afirmación de la criminología crítica en el sentido de que "no solo las normas penales se aplican selectivamente reflejando las relaciones de desigualdad existentes, sino que el derecho penal ejercita también una función activa de producción y reproducción de las relaciones de desigualdad" y de que "hoy la cárcel produce, reclutándolo sobre todo en los sectores más bajos de la sociedad, un sector de marginación social particularmente calificado por la intervención estigmatizante del sistema punitivo estatal"[41]. Sin embargo, aunque sea cierto que el derecho penal se aplica desigualitariamente y que, por tanto, puede llegar a ser injusto, resulta altamente discutible que las propuestas abolicionistas pudieran llegar a ser más positivas.

El derecho penal, aun con sus imperfecciones –que todo penalista debe intentar superar, bien a través de propuestas de *lege ferenda*, bien mediante modificaciones en el sistema de la teoría del delito–, dentro del cual se analizan y entienden los delitos en particular, sin olvidar la función hermenéutica que tiene el bien jurídico en la parte especial, debe continuar existiendo, y, por tanto, su estudio es imprescindible[42]. Con certeras y convincentes palabras lo ha expresado GIMBERNAT, al señalar que la dogmática "hace posible (. . .), al señalar límites y definir conceptos, una aplicación

[41] BARATTA, "Criminología crítica y política penal alternativa", *RDIP*, 1978, ps. 47 y 48.

[42] Cfr. al respecto FERRAJOLI, "El derecho penal mínimo" (trad. de Bergalli), cit., ps. 40 y ss., y KAISER, en *Fest. für Lackner*, ya cit., ps. 1043 y 1044. Como dice HASSEMER, "no se puede excluir el derecho penal del conjunto de los sistemas de control social, porque entonces se corre el peligro de que sea sustituido por cualquier otra cosa que incluso sea todavía peor" (*Fundamentos*, ya cit., p. 399), y GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, en ob. cit., p. 26: "si prescindiéramos del derecho penal, no sería fácil encontrar un sistema de control menos represivo, ni menos arbitrario, ni más selectivo. Quien sabe, quizá, sí se operaría tan solo un cambio de etiquetas; un cambio de titulares y de víctimas, pero no del contenido y extensión del *ius puniendi* que, en definitiva, es lo que importa".

segura y calculable del derecho penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación. Cuanto menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución (...). Y cuanto menor sea el desarrollo dogmático, más lotería, hasta llegar a la más caótica y anárquica aplicación de un derecho penal del que –por no haber sido objeto de un estudio sistemático y científico– se desconoce su alcance y su límite"[43].

Volviendo a la problemática de las relaciones entre la dogmática y la criminología, es claro que en el marco de la criminología crítica varía considerablemente. La criminología clásica[44], al centrar su estudio en el autor, resultaba tener el mismo objeto que la dogmática penal orientada a la prevención especial, proporcionando así al sistema una base ontológica y sociológicas[45].

En cambio, la nueva criminología, al tener como objeto de estudio la reacción social y, por tanto, también el propio derecho penal, que lo analiza como uno de los componentes del comportamiento de los órganos de control social, "exige un replanteamiento total del significado de la criminología para la dogmática penal, pero también del significado de esta última para

43 Ob. cit., p. 158.

44 En realidad, ambos modelos criminológicos, "clásico" y "crítico", se complementan en la actualidad, por lo que cabe hablar hoy de una ampliación del objeto de estudio de la criminología; cfr. KAISER, "La criminología hoy" (trad. de Mira Benavent), en *CPC*, 1988, quien se refiere (p. 55) a un equilibrio de perspectivas: análisis empírico del delito, del delincuente, víctima e instancias del control social; por su parte, BARATTA, en "*Criminología y dogmática penal*" (trad. de R. Bergalli), ya cit., p. 53, se refiere a lo que denomina "criminología multifactorial", que es aquella que "manteniendo todos los equívocos relacionados con el paradigma etiológico positivista, renunció al mismo tiempo a seguir contextos teóricos amplios, como lo hiciera la criminología liberal en sus mejores días".

45 BARATTA, ob. cit., ps. 26 y 27.

la criminología"[46]. La ciencia total del derecho penal necesariamente tiene que tener una fisonomía distinta de la postulada por VON LISZT y por FERRI en el marco del positivismo, imperante en la época de estos dos autores. Ahora bien, aquel cambio de fisonomía no tiene por qué suponer una dificultad para la cooperación entre la dogmática y la criminología, pues si, como dice BACIGALUPO, "se abandona la idea de integración (...) regida por el interés de contar en la aplicación del derecho penal con material empírico para la individualización preventivo-especial de la pena, desaparecerán las razones para considerar que el cambio de paradigma de la criminología representa un impedimento para la colaboración de ambas disciplinas"[47]. Y no es obstáculo para alcanzar esta colaboración el "distinto grado de abstracción y de autonomía que ambas tienen frente a su objeto"[48], o la pretendida existencia de una "prohibición de negación de las premisas"[49], pues la dogmática, aunque parta de la voluntad del legislador (*Wilien des Cesetzgebers*), requiere decisiones, al contrario de lo que se pretendía en el esquema del positivismo clásico; decisiones que, evidentemente, condicionan la determinación del concreto contenido de la ley. La "prohibición de negación de las premisas" requiere una aclaración previa acerca de cuáles son aquellas premisas que no se pueden negar, y lo cierto es que, como dice BACIGALUPO, en esta tarea la dogmática jurídica en general, y la dogmática penal en particular, no tiene mayores condicionamientos que la criminología, y "de la misma manera que el criminólogo debe decidir si su objeto será la reacción social al delito o

[46] BACIGALUPO, "Relaciones entre la dogmática penal y la criminología", ya cit., p. 66.

[47] Ibídem.

[48] BARATTA, en *ZStW* 92 (1980), p. 124.

[49] SACK, en *SeininarAbweichendes Verhalten*, II, 1975, ps. 357 y siguientes.

la etiología del mismo, el jurista comenzará por establecer si la voluntad que será objeto de interpretación es la voluntad histórica del legislador o la voluntad objetiva de la ley"[50].

§ 19. LAS RELACIONES ENTRE LA DOGMÁTICA Y LA CRIMINOLOGÍA: CONSIDERACIONES FINALES

Las relaciones entre la dogmática y la criminología deben tomar en consideración el distinto interés de una y otra. Mientras que la dogmática dirige su interés a la aplicación del derecho, garantizando ciertos principios que le proporcionan la necesaria legitimidad, como los principios de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad que, a su vez, constituyen garantías frente al derecho penal, así como elaborando los conceptos que son necesarios para cumplir con su función, la sociología criminal, por el contrario, no tiene por qué ocuparse de la elaboración de tales conceptos, ni por qué limitarse a ellos en su análisis; por lo tanto, "las relaciones entre la dogmática penal y la sociología criminal solo pueden ser fragmentarias"[51]. Un ejemplo en el que los resultados de las investigaciones criminológicas pueden ser de interés para la dogmática lo constituyen las investigaciones realizadas sobre los mecanismos de selección[52] con relación a la actividad judicial. En este sentido, ha señalado BACIGALUPO que "la dogmática penal actual no dispone de instrumentos que la autoricen a afirmar una coincidencia perfecta entre la voluntad del legislador y la aplicación del dere-

50 BACIGALUPO, ob. cit., p. 67.

51 Ibídem.

52 Cfr. SACK, en *Kleines Kriminologisches Wörterbuch*, ed. por Kaiser, F. Sack, H. Schellhos, 1974, p. 298.

cho penal"[53], especialmente cuando se trata de teorías fundadas en el método teleológico; la propia definición del "fin de la ley" –añade– como un fin contingente que queda en manos del intérprete lleva consigo la adopción de algún criterio selectivo, luego, desde este punto de vista, "las teorías dogmático-penales resultan ser la traducción al lenguaje de la dogmática de ciertos criterios de selección que no se infieren totalmente de la ley positiva"[54].

Pues bien, la circunstancia de que los criterios cotidianos de selección con que operan los órganos de control social pueden incidir en la efectividad del principio de igualdades, sugiere la necesidad de revisar el contenido selectivo implícito de aquellas teorías, a fin de lograr el necesario cumplimiento del principio de igualdad, y, evidentemente, esta tarea requiere que los criminólogos dispongan para sus investigaciones de un conocimiento de las teorías dogmáticas[55]. Con palabras de LUHMANN: "¿cómo podría verificarse si el origen social del juez influye en sus sentencias, si no es posible juzgar hasta qué punto sus argumentos y decisiones han sido adoptadas con corrección, falsedad o torciéndolos dentro de lo jurídicamente tolerable?"[56].

Sin embargo, la selectividad del control social no es más que uno de los puntos de contacto entre la dogmática y la criminología, que "hasta ahora ha ayudado más a formular preguntas que a responderlas"[57], por lo que queda abierta la cuestión de las relaciones entre ambas disciplinas. En general, como dice BACIGALUPO, es de suponer que los nuevos puntos de contacto se den "allí donde la investigación sociológica de la reacción social al delito sirva para demostrar que los ins-

[53] Ob. cit. p. 68.
[54] Ibídem.
[55] Cfr. BARATTA, ob. cit., p. 114.
[56] *Rechtssoziologie*, 1, 1972, ps. 1 y siguientes.
[57] SACK, ob. cit., p. 303.

trumentos conceptuales de la dogmática penal frustran en su aplicación práctica la realización de los principios de los que depende la legitimidad de la reacción penal en un Estado democrático"[58].

Ciertamente, la relación entre los conocimientos sociales sobre el delito y la dogmática penal no ha sido nunca fácil. Entre los factores que han contribuido a esta situación, se encuentra la política científica y cultural de los regímenes autoritarios que, temiendo la constitución de una instancia de control social que resultara incómoda a la tecnocracia social de los detentadores del poder, desalentaron las investigaciones empíricas sobre problemas de relevancia social[59]. Pero la principal dificultad en aquella relación está en la falsa creencia de que la nueva criminología posee una dimensión crítica que la dogmática no puede alcanzar por su dependencia total de la voluntad del legislador; este punto de vista es "extremadamente simplista, porque presupone que la dogmática penal carece de una instancia crítica interna" y lo cierto es que "tal dogmática jurídica no existe"[60]. Así como "la dimensión crítica de la sociología criminal presupone un modelo ideal de sociedad con el que se compara la sociedad cuyo aparato de control social se critica", la dogmática penal "tiene también una dimensión crítica paralela que se manifiesta con características peculiares: toda dogmática penal parte de una determinada idea de la legitimidad del ejercicio del poder penal del Estado que se expresa en la formulación de principios jurídico-penales. En este sentido, la dogmática penal desarrolla su dimensión crítica en dos direcciones bien definidas: por un lado, sometiendo los principios mismos a una crítica constante para perfeccionar su correspondencia

[58] Ob. cit., p. 69.

[59] BARATTA, "Criminología y dogmática penal" (traduc. de R. Bergalli), ya cit., p. 29.

[60] BACIGALUPO, ob. cit., p. 70.

con el ideal de legitimidad de la sociedad; por el otro, confrontando el derecho penal vigente con estos principios que fundamentan su legitimidad"[61].

Ahora bien, esta dimensión crítica de la dogmática solo es posible si se la entiende dentro del paradigma de las ciencias del espíritu. La dogmática es una ciencia hermenéutica que tiene por objeto la comprensión del derecho penal; debe servir para explicar, mediante interpretación, los textos del derecho penal vigente, a efectos de su aplicación en la resolución de casos, pues solo con aquellos textos no es posible resolverlos. Por esta razón, precisamente, el sistema dogmático proporciona unas estructuras universales, permanentes, luego es aplicable con independencia del Código Penal que esté vigente, y es básicamente similar en los países de nuestro entorno cultural e incluso en otros extraños al mismo; no solo en Alemania, Austria, España, Holanda, Italia, Grecia, Portugal, Iberoamérica, Escandinavia, etc., sino también en Japón y Corea, etc., se utiliza, básicamente, un mismo sistema de categorías dogmáticas, que facilitan, racionalizándola, la aplicación de la ley penal. Ello se debe a que la vinculación ejercida por el derecho positivo no es tan intensa como para impedir la elaboración de un sistema, con sus correspondientes categorías y conceptos[62].

La afirmación de que un hecho es delito no depende de una simple intuición global, sino de un análisis cuidadoso y ordenado de cada una de las características del concepto de delito. En fin, aunque el objeto

[61] Ibídem.

[62] Cfr. HRUSCHKA, en *Golidammer's Archiv für Strafrecht GA198l*, p. 242, en donde afirma lo siguiente: "El interés en la positividad del derecho positivo alemán acaba poco después de Fleusburg o de Aachen, y ya se ha extinguido cuando se pisa Basel o Salzburg. Lo que continúa siendo interesante más allá de estas fronteras son las consideraciones teórico-estructurales y las ético-normativas, que están detrás del derecho penal vigente en Alemania", y más adelante señala que la afirmación de que la ciencia del derecho penal es nacional constituye una *contradictio in adiecto* (p. 243).

(Código Penal) sobre el que recae el sistema es cambiante, el sistema no lo es; evidentemente, hay más de un sistema, cuya elección es libre. La decisión dependerá, en buena medida, tanto de la fuerza de convicción de sus presupuestos metodológicos, como de su consistencia y practicabilidad.

Excepcionalmente, en Francia, en donde recientemente se ha aprobado un nuevo Código Penal (Ley 92-683, de 22 de julio de 1992), aún no se ha superado el marco del positivismo, probablemente por el impacto que la codificación del derecho civil produjo en dicho país, lo que ha provocado la convicción generalizada de que todo el derecho había quedado encerrado en el Código y quizás por esta razón todavía no se ha superado en Francia la etapa exegética. Por el contrario, en Alemania la no interrupción de la tradición del derecho natural del siglo XVIII permitió, a pesar de su superación, conservar la idea del sistema como algo esencial para la ciencia del derecho[63]. Así, SAVIGNY distinguía en su *Juristische Methodenlehre* (*Metodología jurídica*) una parte "sistemático-filosófica", que supera la consideración puramente exegética de la norma. De la misma manera VON FEUERBACH en 1804, refiriéndose a los prácticos del derecho decía: "pero (el práctico) no solo habita en la ley, sino que hace de ella su prisión, no arriesga mirar por encima de sus muros (. . .). La ciencia no existe para él y él no existe para la ciencia (. . .). Su erudición es lo que otros supieron, sus fundamentos más altos son prejuicios, usos de los tribunales. Por ello, no quiero hablar aquí de él, pues quiero hablar de la ciencia"[64].

[63] Cfr. BACIGALUPO, "La enseñanza del derecho en las universidades alemanas y la experiencia que de ellas se desprende en miras a una reforma de los estudios de derecho", Universidad Autónoma de México, nº 4/1980, ps. 14 y 15.

[64] FEUERBACH, Paul Johann Anselm v., "Uber Philosophie und Empire in ihren Verhältnis zur positiven Rechtswissenschaft", en *Theorie der Erfahrung in der Rechtswissenschaft des 19, Jahrhunderts. Swei methodische schriften*, con introducción de Klaus Lüdersen, 1963, p. 63.

Capítulo V

LOS PUNTOS DE PARTIDA DE LA DOGMÁTICA PENAL

§ 20. Introducción: el positivismo jurídico. El neokantismo

Es muy común la afirmación de que la ciencia del derecho penal es eminentemente sistemática. Y es que, en verdad, el razonamiento sistemático en el derecho penal garantiza la necesaria racionalización en la aplicación de la ley penal al caso. La teoría del delito, mediante un método analítico, descompone el concepto de delito en un sistema de categorías dogmáticas; es decir, rechaza una apreciación global del hecho. Solo después del análisis de aquellas categorías se podrá afirmar que un hecho concreto es delito. Lo anterior no se discute, aunque sí, en cambio, las propias categorías y, por supuesto, el contenido de cada una de ellas. De todos modos, hoy aún es mayoritaria la clasificación tripartita: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad[1]. Hay construcciones paralelas a la teoría del de-

[1] En contra de esta clasificación "clásica" se ha mostrado Bacigalupo, quien defiende una clasificación cuatripartita de las categorías del delito: tipicidad, antijuricidad, responsabilidad por el hecho y culpabilidad; cfr. *Principios de derecho penal*, PG, 2ª ed., Akal, Madrid, 1991, ps. 162 y siguientes. En el mismo sentido: Jaén Vallejo, Manuel, *Libertad de ex-*

lito en otros sectores del ordenamiento jurídico: en el derecho civil, la teoría del negocio jurídico; en el derecho administrativo, la teoría del acto administrativo; en el derecho procesal, la teoría general del proceso; en el derecho mercantil, la teoría del acto de comercio, etcétera. Aunque, evidentemente, mientras que todas ellas tratan sobre la conformidad de tales actos con el derecho, la teoría del delito, por el contrario, trata de los actos contrarios al derecho, y mientras que en aquellas otras disciplinas no son muy importantes las discusiones acerca del sistema, los penalistas, en cambio, siempre han discutido mucho sobre el sistema. En cualquier caso, como hace tiempo dijera GIMBERNAT, cuanto más desarrollada esté la dogmática, más seguridad e igualdad se conseguirá en la aplicación de la ley.

El positivismo jurídico, que inspiró el sistema clásico del derecho penal disecado por BELING y VON LISZT, se caracterizaba por su reacción frente a la versión racionalista del derecho natural, identificando el derecho con el conjunto de leyes y creyendo en la posibilidad de comprender el significado de la ley y poder resolver los problemas jurídicos rechazando cualquier valoración y acudiendo exclusivamente a la ley[2].

El positivismo jurídico fue consecuencia del positivismo filosófico imperante en la época en que aquellos

---

presión y delitos contra el honor, Colex, Madrid 1992, ps. 267 y ss.; LAURENZO COPELLO, Patricia, *El aborto no punible*, Bosch, Barcelona, 1990, ps. 319 y ss.; PÉREZ DEL VALLE, Carlos, *Conciencia y derecho penal*, Comares, Granada, 1994, ps. 284 y siguientes.

[2] La expresión más acabada del positivismo jurídico se halla en la *teoría pura del derecho* de Hans KELSEN, según la cual las normas solo pueden ser reconducidas a otras normas, nunca a la realidad, y para evitar el regreso al infinito que este mecanismo supondría, KELSEN idea una "norma fundamental", sin contenido concreto, como piedra final del edificio normativo. Fuera de este esquema, la decisión sería metajurídica y, por tanto, metodológicamente ilegítima; de este modo, el jurista se convierte en mero técnico, que debe limitarse a subsumir.

dos autores escribieron, que rechazaba como objeto de estudio las cuestiones trascendentales y abstractas, centrándose, en cambio, en la contemplación y estudio de los hechos. La filosofía positivista de Compte y Spencer estaba presente en todos los estudios. Lo único que tiene valor es la ciencia experimental, es decir, lo *positivo*; luego solo las ciencias naturales son ciencias, y el derecho no es una ciencia[3]. Desde esta perspectiva se comprende el enfoque naturalístico al que se somete la explicación del delito. Para el positivismo jurídico, el derecho positivo es un dogma, del que necesariamente se debía de partir. Solo a partir del derecho positivo se podían *inducir* los conceptos y principios que integraban el sistema.

La construcción del sistema dogmático requería, pues, dos operaciones previas: la recolección del material normativo y el análisis exacto de las proposiciones. Pues bien, si, como decía VON LISZT, solo el orden sistemático garantiza el dominio total de lo particular[4], lleva razón BACIGALUPO cuando afirma que "el sistema solo podría cumplir con este cometido antes del análisis exacto de las proposiciones; una vez conocido el sentido exacto de esas proposiciones (lo particular), el sistema carece totalmente de función, pues ya no podría brindar nada nuevo ni servir para el dominio total de lo particular: lo particular ya habría sido dominado sin necesidad del sistema. Bajo estas condiciones, solo quedaría para el sistema una función meramente ex-

[3] Compte establece que la *historia del mundo* tiene tres edades "ley de los tres estadios"): la primera es la teológica; la segunda es la metafísica; y la tercera es la científica; que se limita a aquello que es susceptible de observación empírica, es decir, a los hechos, dirigida por los hombres de ciencia experimental y exacta; cfr. WELZEL, *Introducción a la filosofía del derecho* (trad. por F. González Vicen), Aguilar, Madrid, 1977, ps. 191 y siguientes.

[4] *Strafrecht Vorts. u. Aufs.*, 11, 1905, p. 215.

positiva, de la que no podrá esperarse ningún incremento del conocimiento"[5].

Ya en el siglo XX se impone una nueva fase en el pensamiento jurídico-penal: el neokantismo. En efecto, al mismo tiempo que se realizaba una reacción contra el idealismo y el empirismo materialista, se produjo, sobre todo en Alemania, un nuevo despertar de la filosofía, al repetido grito de "volvamos a Kant" que lanzó Liebmann en 1865. En este período del neokantismo, el método deja de ser puramente formalista, introduciéndose consideraciones axiológicas, por la inclusión del derecho entre las ciencias del espíritu, cuya metodología se caracterizaba por comprender y valorar. Los representantes de esta corriente[6] entienden que mientras que las ciencias naturales captan la realidad empírica de forma objetiva y neutral, las ciencias del espíritu proceden valorando. Luego, el método de conocimientos de estas últimas es un método valorativo. En cuanto a la cuestión de los valores que deben tomarse en consideración en la formación de los distintos conceptos, se entiende, en el marco de la "escuela suboccidental alemana", que hay que atender al objetivo que dichas ciencias pretendan conseguir con su aplicación y estudiar cómo han de configurarse para la consecución de sus fines. La metodología de dicha escuela tuvo mucha influencia en las ciencias jurídicas y, en particular, en el derecho penal[7].

[5] BACIGALUPO, *Delito y punibilidad*, Civitas, Madrid, 1983, p. 27.

[6] Cfr., sobre las bases filosóficas del neokantismo jurídico-penal, en una de sus principales direcciones ("escuela suboccidental alemana" o "de Baden"), GONZÁLEZ VICEN, "El neokantismo jurídico axiológico", en el *Anuario de filosofía del derecho*, 111, 1986, ps. 249 y siguientes.

[7] Cfr., ampliamente sobre el método del neokantismo, MIR PUIG, *Introducción a las bases del derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1982, ps. 227 y ss.; también, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, ps. 55 y siguientes.

§ 21. EL ONTOLOGICISMO: SISTEMA DEL DERECHO PENAL Y ESTRUCTURAS LÓGICO-OBJETIVAS

El finalismo supuso un cambio tanto respecto del positivismo como respecto del relativismo valorativo del pensamiento neokantiano. De un lado, se entiende que la dogmática no ha de ocuparse de lo contingente por razones de espacio o tiempo, y, por tanto, no ha de tener por objeto esencial el derecho positivo[8]. De otro lado, tampoco debe atender a valoraciones de contenido variable. Todo aquello que se construyera sobre la base de valores era subjetivo y perecedero, pues los valores están determinados por el contexto cultural y, por tanto, también estos son contingentes y temporales. La dogmática tenía que contar con un sistema atemporal e imperecedero, con un "sistema de conceptos puros supratemporales"[9].

Precisamente con el fin de crear aquel sistema permanente se recurre a las *estructuras lógico-objetivas* (*Sachlogische Strukturen*)[10]. Dice WELZEL: "el legislador no solo está vinculado a las leyes de la naturaleza física, sino que debe atender a determinadas estructuras lógico-objetivas en la materia de su regulación; en caso contrario, su regulación será necesariamente

[8] En este sentido, KAUFMANN, Armin, en *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Göttingen, 1954, dice lo siguiente: "Formular dogmas que no lleven en sí la vocación de atemporalidad y solo pretendan interpretar las manifestaciones de un legislador, no puede ser misión de la ciencia del derecho sino solo la propia de un culto a las leyes versado filológicamente", p. IX; cita y texto tomados de SILVA SÁNCHEZ, ob. cit., p. 58, nota 81.

[9] KAUFMANN, ibídem.

[10] Cfr. CEREZO MIR, J.,"La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica", en *Problemas fundamentales del derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1982, ps. 49 y ss.; MIR PUIG, *Introducción*, cit., ps. 252 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, ibídem.

falsa"[11]. Las estructuras lógico-objetivas son verdades inmutables que vinculan al legislador y al intérprete; luego, no pueden ser afectadas por ninguna regulación legal ni valoración alguna. WELZEL, pues, recurre a una *fundamentación ontologicista*, siendo el concepto final de acción (acción como ejercicio de actividad final) la primera estructura lógico-objetiva o verdad imperecedera, a partir de la cual, procediendo de forma deductiva, se elabora el sistema de Derecho penal.

Mientras que en el neokantismo el método determina la configuración del objeto, para el finalismo el método no determina el objeto, sino que es el objeto lo que determina el método. Según WELZEL, las cuestiones de la sistemática jurídico-penal no se pueden desarrollar, como lo creen los puros positivistas, exclusivamente a partir de la ley[12]. En realidad, la dogmática se ocupa de la misma acción humana que las ciencias naturales, aunque no como hecho natural, sino como definida por la idea de finalidad conforme a sentido; por ello, el concepto natural de acción, como mero proceso causal, no se puede admitir. Sobre la base de aquella premisa metodológica, es claro que la materia de las categorías dogmáticas se determina por la materia del objeto regulado por la norma, *sin modificación alguna del objeto*. Y las normas regulan acciones, luego lo que sea una acción con independencia de la regulación debe ser una acción también en el marco de la ciencia jurídica; si la dirección de la acción al resultado es un elemento de la acción, entonces también debe ser objeto de la categoría del sistema que tiene la función de comprobar la lesión de una norma (tipicidad).

Puede afirmarse, como resumen de las anteriores fases de evolución de la dogmática, que la dogmática

[11] *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 1955, p. 197.

[12] Cfr. "Studiem zum System des Strafrechts", *ZStW 58 (1939)*, ps. 491 y siguientes.

penal quedaba reducida a un sistema cerrado en sí mismo, donde difícilmente podían ubicarse consideraciones de política criminal, que se consideraba debían ser objeto de otras ciencias[13]. De otro lado, la ausencia de valoraciones dentro del sistema, en la que coincidían positivistas y finalistas, así como la consideración de las normas como dogma por parte de los positivistas y la vinculación del legislador a las verdades ontológicas, a las estructuras previas de la ley misma, por parte del finalismo, venía a revelar la existencia de una dogmática penal neutra y aséptica, que difícilmente podía admitir la crítica.

El punto de vista ontologicista hace ya tiempo que ha sido abandonado. Los mismos discípulos de WELZEL lo cuestionaron[14]. Muy interesante resulta al respecto el prólogo de JAKOBS a su manual de *Derecho penal*, parte general, 2ª edición (1991), que es el mismo que el de la anterior edición (1983). Dice JAKOBS: "cuando Hans WELZEL me encomendó, poco antes de su muerte, la tarea de revisar la Parte General de su Manual (*El derecho penal alemán*, 11 ed. 1969) para una nueva edición, él sabía que con ello encomendaba esta obra a un discípulo sospechoso de herejía. Como además WELZEL supo mejor que otros que los objetos de la ciencia no deben tratarse como antigüedades según la procedencia y su edad, sino según su rendimiento, y como siempre le daba menos importancia a *topoi* singulares que al conjunto sistemático, yo fui desde el comienzo de la opinión de que estaba autorizado a intervenir a

13 El propio VON LISZT sostenía que "la tarea inmediata del derecho penal consiste en comprender el delito y la pena como generalización conceptual en una consideración puramente técnico-jurídica basada en la legislación y desarrollar en un sistema cerrado los principios y conceptos fundamentales", en *Das deutsche Strafrecht*, 21ª y 22ª ed., Leipzig, 1919, ps. 1 y 2.

14 Cfr. STRATENWERTH, *Strafrecht*, I, 3ª ed., 1981, ZIELINSKI, *Handlungs und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, Berlin, 1973, ps. 80 y ss.; JAKOBS, *Strafrecht*, 1983, prólogo.

fondo en la sustancia de su doctrina, siempre que ello fuese necesario para la construcción de un sistema productivo en la actualidad. Sin embargo, suponía poder conservar bastante sustancia antigua para que su Manual quedara reconocible. Esta suposición fue, como comprobé al poco tiempo y como muestra el presente libro, un craso error"[15].

El libro comienza, sin embargo, añade JAKOBS, con una referencia a la doctrina de WELZEL, según la cual el derecho penal debe garantizar la vigencia de "valores de acción ético-sociales positivas"; este debe ser el punto de partida si se quieren entender los efectos del derecho penal no como meros procesos naturales, sino como procesos sociales[16]. Bajo este punto de vista, continúa diciendo JAKOBS, la tarea a llevar a cabo por la dogmática penal reside en desarrollar aquellos principios que necesitamos para oponerle al delito como acto significativo (acto de contenido expresivo) otro acto significativo; esta oposición es necesaria para restablecer la vigencia de la norma desautorizada por el infractor. Tal violación exterior es la apariencia de la violación de la norma, del mismo modo es la pena la apariencia de cómo se produce una estabilización de la norma[17]. Añade entonces JAKOBS lo siguiente: "Aquí se separan los caminos. La dogmática penal ontológica quiebra (. . .). No solamente los conceptos de acción y de culpabilidad (y muchos otros, a un nivel menos abstracto), a los que la dogmática penal ha atribuido (. . .) una estructura (lógica prejurídica) se vuelven conceptos acerca de los cuales no se puede decir nada sin tener en cuenta la misión del derecho penal, sino asimismo el concepto de sujeto al que se imputa resulta ser un concepto funcional. Con ello no quiero decir que en la misión del derecho penal hayamos encontrado un punto con la ayu-

[15] Ibídem.
[16] Ibídem.
[17] Ibídem.

da del cual podamos fijar de una vez por todas unos principios dogmáticos. Al contrario, cada principio dogmático-penal adolece de todas las dudas de las que adolece el acuerdo sobre la misión del derecho penal como tal. Sirva de prueba de la reciprocidad la íntima conexión del concepto de culpabilidad con la teoría de los fines de la pena"[18].

§ 22. EL FUNCIONALISMO POLÍTICO-CRIMINAL: POLÍTICA CRIMINAL Y SISTEMA DEL DERECHO PENAL

Fuera del círculo de discípulos de WELZEL, la más significativa de las objeciones contra el ontologicismo de WELZEL es la proveniente de ROXIN, que, en 1970, publicaba una de sus obras más representativas: *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, traducida poco después al español, así como gran parte de sus obras[19]. ROXIN pertenece a la corriente dogmática denominada "funcionalista", en la que también hay que incluir a JAKOBS. La premisa metodológica fundamental de los sistemas funcionalistas puede resumirse en los siguientes términos: el contenido de las categorías del sistema dogmático se debe determinar en función de lo que resulte adecuado al sistema social; al sistema social en general o a un subsistema social en particular (por ej., el subsistema del derecho penal). Y *funcional* es todo lo que se requiere para el mantenimiento del sistema. Pues bien, el modelo, un sistema abierto, de orientación

[18] Ibídem.

[19] *Política criminal y sistema del derecho penal*, trad. F. Muñoz Conde, Bosh, Barcelona, 1972. Otras obras de ROXIN traducidas al español: *Problemas básicos del derecho penal*, trad. Luzón Peña, Madrid, 1976; *Teoría del tipo penal*, trad. Bacigalupo, Depalma, Buenos Aires, 1979; *Iniciación al derecho penal de hoy*, trad. Luzón Peña y Muñoz Conde, Sevilla, 1981; *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, trad. Muñoz Conde, Madrid, 1981, etcétera.

teleológica[20], en el que se persigue una unidad sistemática de política criminal y derecho penal. ROXIN, en su estudio programático, *Kriminalpolitik und Strafrechssystem*, atribuye a cada categoría una función político-criminal. La tipicidad estaría regida por el principio *nullum crimen sine lege*. La antijuricidad comprendería el ámbito de los conflictos sociales en el que se enfrentan intereses individuales o sociales con las necesidades del individuo. Y la culpabilidad se configuraría desde la perspectiva de la teoría de los fines de la pena[21]. En resumen, ROXIN propone una política criminal que se identifica con la teoría de los fines de la pena y que se lleva a cabo en la culpabilidad con los límites del estado de derecho (tipicidad). Pero veamos, con algo más de detenimiento, la tesis funcionalista de ROXIN.

El único fin de la pena, según ROXIN, es la prevención, tanto especial como general, entendida esta última no como prevención intimidatoria negativa, sino como "prevención integradora" positiva, es decir, con la finalidad de "restaurar la paz jurídica, en cuanto dé al pueblo la confianza de que su seguridad está salvaguardada y que las reglas reconocidas de la convivencia humana pueden reafirmarse en contra de perturbaciones graves"[22]. Sobre esta base político-criminal,

[20] Salvo en el hecho de que el modelo de ROXIN claramente no es ontologicista, en lo demás no se diferencia de un sistema teleológico como el de RADBRUCH: "los elementos del delito se deben deducir de los fines de la pena" ("Zur Systematik der Verbrechenslehre", *Fest. f Frank*, 1930, p. 156).

[21] Cfr. ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 1970, ps. 15 y ss.; *Política criminal y sistema del derecho penal*, ps. 33 y ss.; *Política criminal y estructura del delito. Elementos del delito en base a la política criminal*, trad. J. Bustos y H. Hormazábal, PPU, Barcelona, 1992, ps. 35 y ss., críticamente, AMELUNG, Knut, "Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin", en *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, Bernd Schünemann (compilador), introducción, traducción y notas de J. M. Silva Sánchez, Madrid, 1991, ps. 94 y siguientes.

[22] *Política criminal y estructura del delito*, ya cit., p. 47.

ROXIN rechaza el punto de vista, sostenido por ZIELINSKI, según el cual el disvalor de resultado no es ya elemento constitutivo de lo ilícito penal, fundamentando, por el contrario, su pertenencia al mismo, porque "la perturbación de la paz jurídica general, que hace necesaria la intervención del derecho penal, por razones preventivo-generales, no descansa exclusivamente en la acción fallida del autor, sino más bien en el resultado producido"[23]. De este modo, los comportamientos culposos, que suceden frecuentemente en toda sociedad, cuando no produzcan una efectiva lesión de un bien jurídico no deben castigarse, pues en tales casos la intranquilidad de la generalidad es mínima e incluso no se produce; propugnar el castigo de toda conducta culpable, a pesar de la no necesidad preventiva de la pena supondría una vuelta a la teoría de la retribución.

Ahora bien, ROXIN sí admite la punibilidad de los delitos de peligro y culposos sin resultado, cuando "conmocionan tan fuertemente el sentimiento de seguridad jurídica de la población, que la perturbación social solo puede suprimiese a través de la pena"[24]. En el ámbito de las causas de justificación, ROXIN trata de demostrar la aplicabilidad de la idea político-criminal de prevención general, fundamentando así una cierta proporcionalidad en la legítima defensa entre el daño que amenaza la agresión y el producido por la defensa; proporcionalidad que no se puede extraer del tenor literal del parágrafo 32 *StGB*[25]. Así, en el ejemplo conocido del campesino paralítico que, al ver cómo un joven se sube a uno de sus cerezos llenándose con cerezas su boca y sus bolsillos, no tiene otra posibilidad de defender esta

[23] Ob. cit., p. 50.

[24] Ob. cit., p. 51.

[25] El parágrafo 32 del Código Penal alemán, relativo a la legítima defensa (*Notwehr*) dice así: "El que comete un hecho indispensable en razón de legítima defensa no actúa antijurídicamente. Es legítima la defensa cuando sea necesaria para rechazar de uno mismo o de otro una agresión actual y antijurídica".

intromisión antijurídica en su propiedad que matando al joven agresor de un tiro, de aplicarse literalmente lo dispuesto en aquel parágrafo el autor tendría el derecho de hacerlo. Pues bien, como, según ROXIN, la legítima defensa se basa político-criminalmente sobre los principios de protección y de mantenimiento del derecho, en ella se puede ver un pretendido efecto preventivo: "que el agresor corra un riesgo considerable y que el derecho se imponga a los ojos de la generalidad frente al injusto"[26]. Partiendo de esta idea, ROXIN deduce que como en los delitos de bagatela, entre los que hay que incluir el hurto del ejemplo anterior, la necesidad preventivo general es mínima, el principio de mantenimiento del derecho debe limitarse al marco de la proporcionalidad; "esto ciertamente no resulta del tenor literal, pero sí del sentido político criminal del precepto de la legítima defensa"[27]. Desde esta misma perspectiva de prevención general integradora se explicarían también las limitaciones a la legítima defensa en el caso de agresiones de niños y enfermos mentales. El agredido en tales casos se puede defender de afecciones graves, pero no es necesario aplicar toda la rigidez de la legítima defensa. Considera ROXIN que "en consideración a la fidelidad en el derecho de la población es innecesario un procedimiento duro contra inimputables, ya que todos saben que no están en situación de obedecer las normas, luego sus hechos no pueden ser vistos como agresiones culpables contra el ordenamiento jurídico"[28].

Pero, como es sabido, es en la culpabilidad donde el planteamiento teleológico de ROXIN ha encontrado un

[26] Ob. cit., p. 55.

[27] Ob. cit., p. 56.

[28] Ibídem; la limitación de la legítima defensa en el caso de agresión de un inimputable, lo mismo que en el caso de personas que sufren un error, significa que el agredido en tales supuestos debe intentar seriamente eludir la agresión antes de hacer uso del derecho de defensa, y, de no poderse evitar esta, la defensa debe ser prudente y proporcional.

mayor desarrollo[29]. Categoría dogmática que él prefiere llamar "responsabilidad", integrada por dos presupuestos: la culpabilidad y la necesidad de prevención general, de tal modo que "a un autor solo se le puede hacer responder personalmente por el injusto por él realizado, cuando en primer lugar es culpable y en segundo lugar también razones preventivas hacen inevitable su castigo"[30]. Precisamente, mediante la ausencia de este segundo presupuesto se explicaría la impunidad por renuncia a la pena en los supuestos de exceso en la legítima defensa (*überschreitung der Notwehr*)[31] y de estado de necesidad exculpante (*Entschuldigender Nostand*)[32], bajo ciertas condiciones. Dice ROXIN que "desde la perspectiva de un puro juicio de culpabilidad solo sería correcto una atenuación, porque el autor podría orientarse todavía conforme a la norma en tales si-

29 Cfr., entre otras, las siguientes obras de ROXIN: "Schuld und Verantwortlichkeit als strafrechtliche Systemkategoriem", en *Fest. für Henkel*, 1974, ps. 171 y ss.; "Zur jüngsten Diskussion über Schuld Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht", *Fest. Für Bockelmann*, 1979, ps. 279 y ss.; "Zur Problematik des Schuldstrafrechts", *ZStW 96 (1984)*, ps. 641 y siguientes.

30 ROXIN, *Política criminal y estructura del delito*, cit., p. 58.

31 El exceso en la legítima defensa está previsto en el parágrafo 33 StGB: "No será castigado el que excediera los límites de la legítima defensa por turbación, miedo o terror". Cfr. ROXIN, "Über den Notwehrexzess", en *Fest. für Schaffstein*, 1975, ps. 105 y siguientes.

32 Esta figura está prevista expresamente en el parágrafo 35 *StGB*: "(1) El que, ante un peligro actual, no evitable de otro modo, que amenace la vida, la integridad corporal o la libertad, comete un hecho antijurídico para apartar un peligro de sí mismo, de un pariente o de otra persona allegada, obra sin culpabilidad. Esta exención no regirá en el caso de que el autor pueda exigírsele hacer frente al peligro, en función de las circunstancias, en particular cuando él hubiese causado el peligro o cuando se hallase en una relación jurídica especial; en estos casos, sin embargo, se atenuará la pena conforme al párrafo 49, párr. 1º, si el autor había tenido que hacer frente al peligro, pero no en consideración a una relación jurídica especial. (2) Si, al cometer el hecho, el autor supusiera erróneamente circunstancias que le exculparían conforme al párr. 1º, solo será castigado si pudo evitar el error. La pena será atenuada conforme a lo dispuesto en el parágrafo 49, párr. 1".

tuaciones, aunque en condiciones difíciles, luego existe todavía una culpabilidad disminuida"[33].

Si la prevención es la idea rectora en el conjunto de las categorías del sistema de la teoría del delito, se pregunta ROXIN cómo diferenciarlas, señalando que está en el grado de concreción del hecho que en cada categoría dogmática se valora. Así, en la tipicidad se contempla el hecho desde el punto de vista de la necesidad de la pena en abstracto, luego la valoración que se realiza es independiente de la persona del autor y de la situación concreta de la acción; en el ámbito de la antijuricidad se enjuicia el hecho como expresión de un conflicto social concreto, luego se resuelve la necesidad concreta de pena, incluyéndose ahora en la valoración todas las circunstancias de la situación de hecho concreta; y en la categoría de la responsabilidad la valoración está referida al autor, es decir, se trata de la necesidad concreta de pena del autor. Precisamente, sería la unidad del fundamento teórico lo que dotaría de la necesaria conexión sistemática a las tres categorías dogmáticas[34].

A mi juicio, no resulta plausible reunir las causas de exclusión de la pena por disminución del contenido de lo ilícito, como es el caso del estado de necesidad llamado disculpante, con otras causas que carecen de toda repercusión respecto de lo ilícito, como las que excluyen la capacidad de culpabilidad y el error de prohibición, en la misma categoría dogmática de la culpabilidad; "responsabilidad", según ROXIN. Como se vio, para este autor la cuestión del merecimiento de pena y de la necesidad de pena constituye una cuestión de la responsabilidad, pero, en verdad, resulta difícilmente comprensible la unión en una categoría dogmática de causas de exclusión de la pena de tan distinto sig-

[33] Ibídem.
[34] ROXIN, ob. cit., ps. 61 a 63.

nificado, aparte de las dificultades para explicar la extensión a los partícipes de los efectos de tales eximentes[35].

En cambio, la propuesta de BACIGALUPO de introducir en la teoría del delito una categoría sistemática intermedia entre la justificación y la exclusión de la culpabilidad, la categoría de la responsabilidad por el hecho[36] constituye un notable acierto, por las ventajas que implica el tratamiento diferenciado de los supuestos que allí se incluyen. La existencia de esta categoría dogmática en la estructura del delito evita la asimilación en una única categoría (antijuricidad) de aquellos casos en los que se excluye totalmente lo ilícito y aquellos otros en los que simplemente se renuncia a la pena, pero que no merecen la aprobación del ordenamiento jurídico, y evita al mismo tiempo la no menos insatisfactoria equiparación de estos últimos a los casos de exclusión de la culpabilidad. Se logra así una clara distinción, en la teoría del delito, entre causas que excluyen la pena por exclusión de lo ilícito (antijuricidad), causas que excluyen la pena por disminución del contenido de lo ilícito (responsabilidad por el hecho), y causas que excluyen la pena por exclusión de la culpabilidad. Solo las primeras implican, además de la exclusión de la pena, una renuncia a la ratificación de la norma violada, por cuanto que se valora positivamente el comportamiento del autor, a diferencia de las segundas, que solo suponen una falta de desaprobación jurídico-penal, que se traduce en la renun-

35 Cfr. BACIGALUPO, "Entre la justificación y la exclusión de la culpabilidad", en *La Ley*, 23-12-1986, p. 3.

36 Esta teoría dogmática fue propuesta por MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, AT, 4ª ed., 1971, pp. 377 y ss., y en España por JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, V, 3ª ed., Losada, Buenos Aires, 1976, ps. 20 y siguientes. Bacigalupo ha aceptado esta categoría, aunque su versión difiere de la de MAURACH y JIMÉNEZ DE ASÚA, que la concibieron como una subcategoría de la culpabilidad, en que sustrae dicha categoría de este ámbito, vinculándola con lo ilícito penal (Cfr. "Unrechtsminderung und Tatverantwortung", en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, pássim).

cia del Estado a sancionar la conducta del autor, pero sin que ello implique una valoración positiva de la misma. Con esta distinción (antijuricidad/responsabilidad por el hecho) se salvaguarda la función preventiva u orientadora de las conductas sociales que corresponde a la antijuricidad, permitiendo, además, en los casos en que la naturaleza de la causa de exclusión de la responsabilidad por el hecho en particular no lo impida, la extensión de la renuncia penal a los partícipes; consecuencia esta última difícilmente alcanzable desde la culpabilidad, al menos si se parte, como lo hace la doctrina mayoritaria, de la teoría de la accesoriedad limitada.

§ 23. EL FUNCIONALISMO DE LA TEORÍA SOCIOLÓGICA DE LOS SISTEMAS: SISTEMA DEL DERECHO PENAL Y TEORÍA SOCIOLÓGICA DE LOS SISTEMAS

El modelo funcionalista de la teoría de los sistemas, fruto del acercamiento de la dogmática a la sociología[37], ha influido considerablemente en los últimos años en la doctrina[38], siendo JAKOBS quien ha llevado

[37] Cfr., sobre el planteamiento funcionalista-sistémico, PÉREZ MANZANO, Mercedes, *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Universidad Autónoma de Madrid, 1990, ps. 43 y siguientes.

[38] Cfr. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft Untersuchungen zum Inhalt und Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Gundlage Zlugleich ein Beitrag zur Lehre der "Sozialschädlichkeit" des Verbrechers*, Frankfurt, 1972; CALLIES, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Frankfurt, 1974, y "Strafzwecke und Strafrecht", *NJW*, 1989, ps. 1338 y ss.; HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt, 1973, *Fundamentos del derecho penal*, trad. de F. Muñoz Conde y L. Arroyo Zapatero, Bosch, Barcelona, 1984; MIR PUIG, *Introducción a las bases del derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1982, ps. 82 y siguientes.

a cabo[39] un análisis sistémico del delito y de la pena, llegando a una fundamentación preventivo-general positiva, o prevención de integración, del derecho penal, mediante la traslación a este ámbito de las investigaciones realizadas por LUHMANN en la sociología jurídica. Este modelo, pues, se conecta con la tesis de LUHMANN, quien sostiene que el jurista no logra dominar el problema de las consecuencias de su decisión; precisamente allí es donde se debe insertar la dogmática. La dogmática, por lo tanto, según LUHMANN, se debe revitalizar con elementos provenientes de la teoría de los sistemas, para formular modelos conceptuales jurídicos adecuados a la sociedad y, con ayuda de ellos, formular las teorías dogmáticas[40]. El *out-put* (salida; lo que abre el horizonte al futuro) de las decisiones jurídicas permanece realmente incontrolable; por lo tanto, las teorías preventivo especiales o generales no resultan un buen criterio de decisión, pues no tienen en cuenta la apertura al futuro del sistema social[41].

En consecuencia, dice LUHMANN, "en lugar de exigirse a sí misma el conocimiento del futuro, la dogmática se debería orientar al desconocimiento, a la indeterminación del futuro. Este podría ser el modo adecuado de reacción frente a la orientación al futuro y a la apertura del futuro del sistema social de hoy"; de lo contrario, "existiría el riesgo de que un sistema jurídico, al que le es exigida una orientación a consecuencias político-sociales, renuncie, en realidad, a una autoconducción dogmática dejando de orientarse a criterios, que trascienden el programa de decisiones, para conformarse con la expectativa de consecuencias"[42]. Por

[39] *Strafrecht*, 1ª (1983) y 2ª (1991) ed.; cfr., críticamente, KÜPPER, Georg, *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, Berlín, 1990.

[40] LUHMANN, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, 1974, ps. 24 y siguientes.

[41] LUHMANN, ob. cit., p. 48.

[42] Ibídem.

lo tanto, la tarea consiste en una adecuación de los conceptos jurídicos a la sociedad, a una sociedad en la que el futuro permanece abierto (futuro no programable). En otro lugar[43], LUHMANN, continuando con su tesis funcionalista, explica que la sociedad es un sistema de interacciones, que denomina "expectativas"; cada integrante del grupo social tiene la expectativa de que los otros integrantes del mismo se van a comportar de acuerdo con determinadas reglas sociales de conducta (expectativas de conducta). Luego, si no se cumple esta expectativa se produce la correspondiente frustración, que impide o dificulta el desarrollo normal del grupo social[44].

Como se dijo, el acercamiento del derecho penal a la realidad, mediante la importación de la teoría de los sistemas desde la sociología a la teoría del delito, corresponde a JAKOBS, quien toma como punto de partida la concepción de LUHMANN del derecho como conjunto de normas que crean expectativas de conducta. Desde el punto de vista funcionalista, el fin esencial del derecho penal no es ya la protección de bienes jurídicos, como ha sido opinión dominante en la doctrina, sino más bien la protección de las normas penales. La dañosidad social del delito viene dada porque su realización exterioriza una "infidelidad del autor al ordenamiento jurídico", a través de la cual se pone en duda la vigencia de la norma en sí (carácter disfuncional); por ello, precisamente, la pena cumple la misión de confirmar la vigencia de la expectativa y de la norma defraudada por el autor[45].

Partiendo de la misión del derecho penal, dice JAKOBS, y no del carácter (o de la estructura) de los objetos de la dogmática penal, ello lleva a una renormativización de los conceptos. Bajo este punto de vista,

[43] LUHMANN, *Rechtssoziologie*, Hamburg, 1983.
[44] Ob. cit., ps. 27 y siguientes.
[45] JAKOBS, *Strafrecht*, ps. 4 y siguientes.

no es sujeto el que pueda producir o impedir un hecho, sino el que pueda ser competente para ello. Del mismo modo, los conceptos de causalidad, capacidad, culpabilidad, etc., pierden su contenido prejurídico y se vuelven conceptos para niveles de competencia. Estos conceptos no fijan modelos de reglamentación para el derecho penal, sino que surgen solamente en el contexto de reglamentaciones penales[46].

Incluso la suposición –añade JAKOBS– de que, después de esta formación, el concepto deba referirse a un sustrato homogéneo prejurídico (al causar, al querer, al conocimiento, etc.), resulta ser un malentendido (naturalista).

En la renormativización no se trata de esbozar, lejos del contexto social, sistemas normativos (lo cual, sin embargo, también es posible); "los esfuerzos van dirigidos, más bien, hacia el derecho penal en una sociedad de configuración dada, sin que, por ello, se renuncie a exigencias frente a la realidad. La meta es una sistematización óptima (aunque no siempre se logre) del derecho penal *vigente*. Por ello, aquí no se encuentra una sola sugerencia que no sea factible"[47]. Bajo el punto de vista normativo, añade JAKOBS, desaparecen algunos problemas que crea la dogmática tradicional mediante su constante concentración en el contexto del ser (o contexto estructural).

Al lado de múltiples armonizaciones dentro del concepto de la culpabilidad, se le quita hierro, sobre todo, a la contraposición entre los delitos de acción y los de omisión; ambos –añade– se fundan en la competencia organizativa (*Organizationszuständigkeit*) o en la competencia institucional. "En ello, dependen del estado actual de la organización del sujeto como sistema psicofísico (hacer u omitir) únicamente problemas meno-

46 Ob. cit., Prólogo, ps. 5 y 6.
47 Ob. cit., p. 6.

res. Además, surgen importantes novedades en otros múltiples temas, como en la imputación objetiva, en la teoría de la participación o en cuestiones singulares de justificación"[48].

La teoría del delito (como teoría de la imputación), según el planteamiento de JAKOBS, presenta notorias diferencias con los sistemas tradicionales. Destaco, a continuación, algunas de ellas.

En primer lugar, la teoría del tipo se presenta como teoría de la imputación (objetiva). Como se sabe, el enfoque que le da JAKOBS a la teoría de la imputación objetiva es algo diferente al de ROXIN. Mientras que ROXIN deduce los criterios de la imputación de la naturaleza jurídica de las normas y de su finalidad protectora de bienes jurídicos, JAKOBS los deduce del fin y función social del derecho penal. Según JAKOBS, en clara divergencia con la doctrina mayoritaria, el consentimiento es uno de los fundamentos que excluyen la imputación. En cuanto al segundo nivel de análisis de la imputación objetiva (realización del riesgo), ROXIN parte del criterio general del ámbito de protección de la norma, y JAKOBS de criterios de experiencia. Pues bien, como consecuencia de la influencia de la imputación objetiva, la estructura del tipo penal de los delitos culposos ha sufrido modificaciones. Mientras que en los dolosos se ha distinguido sobre la base del principio de congruencia (entre lo que el autor hace y lo que piensa), entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo, en los culposos, al darse una discrepancia entre lo querido y lo hecho por el autor, aquella distinción carecía de razón de ser. JAKOBS, en cambio, también distingue

[48] Ibídem. Muy interesante desde esta perspectiva resulta el libro sobre *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*, de Javier SÁNCHEZ-VERA y GÓMEZ-TRELLES, Universidad Externado de Colombia, 1995, así como los últimos estudios de JAKOBS, *La competencia por la organización en el delito omisivo* (traducción de Enrique Peñaranda Ramos), Bogotá, 1994, y *La imputación objetiva en derecho penal* (traducción de Manuel Cancio Meliá), Bogotá, 1994.

en estos últimos delitos entre tipo objetivo y tipo subjetivo; el primero estaría integrado por la imputación objetiva, y el segundo por la imprudencia (posibilidad de haber conocido el peligro creado con la acción). También cabe destacar en el ámbito de lo ilícito las siguientes notas características en el sistema propuesto por JAKOBS:

a) *reemplazo de la teoría del bien jurídico tradicional* (como teoría de objetos materiales o ideales sobre los que recae la acción) *por una teoría del daño social basada en puntos de vista funcionalistas*;

b) la norma como bien jurídico protegido;

c) el sistema social como *sistema de interacción institucionalizada*; se protege la confianza en el cumplimiento de las expectativas, es decir, en las normas.

Pero, sin duda, es en la culpabilidad en donde tiene mayor repercusión la renormativización propuesta por JAKOBS. Se pena para mantener la confianza general de la vigencia de la norma[49]. Luego, construye la culpabilidad en torno al concepto de prevención general positiva. En la culpabilidad[50], por lo tanto, se trata de designar, dentro del círculo de diversas condiciones de una acción antijurídica, la carencia de motivación jurídica en el autor como fundamento relevante, si es que el autor debe ser sancionado. El aislamiento de la *falta de motivación jurídica como fundamento del conflicto* tiene lugar a través de todos los niveles de la teoría del delito:

a) En el ámbito de la *acción* (tipicidad) la *expresión de sentido* (significado) depende del dolo o de la culpa, es decir, de la decisión referida a los efectos o

[49] Cfr. JAKOBS, *Schuld un Prävention*, Tübingen, 1976, p. 3; del mismo, "Strafrechtliche Schuld ohne Willensfreiheit?", en *Aspekte der Freiheit, HRG. Diether Heinrich, Schriftenreihe der Universität Regensburg*, t. 6, 1982, ps. 69 y siguientes.

[50] JAKOBS, *Strafrecht*, p. 395.

de la falta de cuidado respecto de estos, luego la *carencia de motivación jurídica es aquí relevante*;

b) la acción antijurídica expresa una falta de motivación jurídica, pero todavía no se puede afirmar que sea el fundamento de una falta de fidelidad al derecho: la lesión de la norma puede ser inevitable para el autor o no serle exigible; la cuestión de si lo ilícito se debe computar negativamente en la cuenta del autor se decide en el ámbito de la culpabilidad, y

c) para la determinación de esta "*fidelidad al derecho*" se deben considerar "qué coacciones sociales pueden ser cargadas al autor y cuántas circunstancias perturbadoras del autor tienen que ser soportadas por el Estado, por la sociedad o por terceros"[51].

[51] Ob. cit., p. 326.

Esta edición se terminó de imprimir
en VERLAP S.A., Comandante Spurr 653,
Avellaneda, Prov. de Buenos Aires,
República Argentina,
en el mes de junio de 1999.